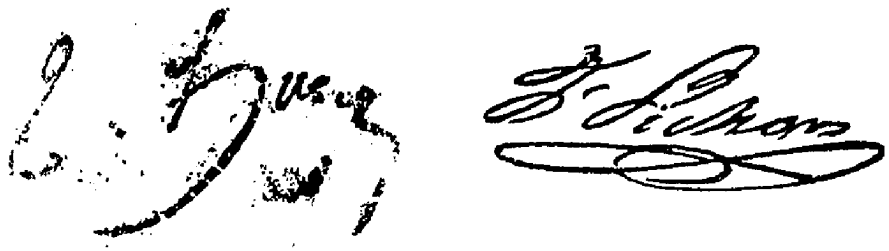
COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

XI

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.



COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

4702
11

CODE CIVIL

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME ONZIÈME

Société; Loi du 1er août 1893; — Du prêt à usage et de consommation; Prêt à intérêt, Loi du 12 janvier 1886; Rente; Dépôt; Séquestre; — Contrats aléatoires, jeu, marchés à terme, loteries, assurances sur la vie.

Art. 1832 à 1983.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1898

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE NEUVIÈME.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

N° 1. — But final de toute société.

1. — Réunion; association; personnalité civile.
2. — Des sociétés; — Les sociétés seules peuvent obtenir la personnalité civile.
3. — Définition, art. 1832; — Les parties doivent se proposer comme but final, un bénéfice à partager.
4. — Associations créées en vue d'un intérêt général; — Décisions de la jurisprudence.
5. — Du partage envisagé des bénéfices avec contribution aux pertes.
6. — Les parties doivent avoir l'intention de se mettre en société.
7. — Différences entre l'état de communauté et l'état de société.
8. — Suite.

9. — Les parties doivent avoir l'intention de s'obliger. — Leur consentement est soumis aux règles ordinaires. — Des promesses de former une société.
10. — Capacité requise pour former une société.
11. — La société doit avoir un but licite, art. 1833. — Distinction, méconnue par la jurisprudence, entre les prohibitions tenant à l'objet et les prohibitions concernant les personnes.
12. — Application à la contrebande, au jeu, etc.;
13. — Aux emplois du gouvernement;
14. — Aux offices et à certaines professions.
15. — La jurisprudence admet la même nullité dans tous les cas. — Conséquences quant au partage des bénéfices déjà réalisés; controverse.
16. — Suite.
17. — Conclusion : Il faut appliquer la distinction ci-dessus proposée. — Langage défectueux de la jurisprudence.
18. — Il faut appliquer la même distinction à la restitution des apports versés dans une société déclarée nulle pour contravention à l'art. 1833.
19. — Autres conséquences de la même distinction quant aux actions en déclaration d'inexistence ou en nullité.

1. L'idée de *société* contient l'idée de *réunion;* mais l'idée de réunion ne contient pas celle d'association ou de société.

La présence simultanée de plusieurs personnes dans un même lieu constitue une simple réunion quand il n'existe entre ces personnes aucun lien de droit ou engagement réciproque dans un but commun (1).

Cette réunion sera publique ou privée, suivant les circonstances, et soumise ou non à la nécessité d'une déclaration préalable (2).

Si la réunion, au lieu d'avoir un objet accidentel et temporaire, est tenue dans un but déterminé entre personnes liées entre elles par des engagements réciproques, il y a alors association, et toute association de plus de vingt personnes devant se réunir tous les jours ou à certains jours marqués

(1) Cass. 1er juill. 1884, D. 84, 1. 447.
(2) Voy. L. 30 juin 1881.

pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'en vertu d'une autorisation administrative (art. 291, C. P.).

Cette autorisation a seulement pour effet de donner aux personnes appelées à en profiter la faculté de se réunir sans être en contravention avec la loi pénale; mais elle n'a pas pour résultat de donner à l'ensemble de ces personnes une existence corporative, c'est-à-dire la personnalité civile (1).

Plusieurs personnes peuvent également se réunir pour habiter ensemble sous le même toit et vivre d'une vie commune sans avoir pour cela une existence corporative.

Nous supposons, dans les hypothèses qui viennent d'être indiquées, que les parties n'ont eu en vue aucun but intéressé, ni la poursuite et le partage d'un bénéfice matériel quelconque.

A cause de cela, le contrat intervenu entre elles n'est pas un contrat de société. C'est une de ces conventions sans dénomination dont parle l'art. 1107 (2), soumise aux principes généraux, et empruntant dans une certaine mesure les règles spéciales du contrat nommé le plus voisin, du contrat de société dans l'espèce. On pourrait la qualifier de *contrat d'association*. On pourra donc admettre, par analogie, qu'en vertu d'un tel contrat les associés sont tenus d'effectuer leurs apports, qu'ils ne peuvent pas les réclamer ni demander le partage avant la dissolution de l'association; que les créanciers d'un associé ne peuvent saisir sa part dans le fonds commun sans respecter l'affectation dont ce fonds est l'objet; enfin qu'une acquisition à titre onéreux, rentrant dans l'objet contractuel de l'association, peut être réalisée sans difficulté par tous les associés ou par l'un d'eux agissant en qualité de mandataire des autres (3). Mais il n'est pas pos-

(1) Poitiers, 9 déc. 1876, D. 77, 2, 229.
(2) GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, n° 69.
(3) Voy. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Du contrat d'association*.

sible d'aller plus loin : toute contre-lettre, clause de réversion ou autre, qui tendrait à faire disparaître l'intérêt individuel de chacun des membres de l'association pour le remplacer par un intérêt corporatif plus ou moins dissimulé, serait destituée d'effet (1), et entraînerait la nullité de la convention principale dont le véritable caractère se trouverait ainsi révélé.

L'intérêt corporatif ou la personnalité civile ne sont pas, en effet, dans l'état actuel de notre législation, attachés de plein droit à la faculté de s'associer, — et la liberté d'association, pour si illimitée qu'on veuille la concevoir, n'implique pas nécessairement que les groupes librement formés deviendront des personnes morales (Voy. t. I, n° 210).

2. La loi actuellement en vigueur n'admet la personnalité civile qu'en faveur des sociétés proprement dites, c'est-à-dire formées dans un but de spéculation. Il en est certainement ainsi pour les sociétés commerciales. Pour les sociétés civiles, il y a controverse quand elles n'ont pas été constituées sous la forme commerciale. Les associations en participation ne jouissent pas de la personnalité civile.

Il y a donc des sociétés qui sont dénuées de personnalité et des sociétés qui jouissent au contraire de la personnalité. On a soutenu que cette distinction était irrationnelle, mais on est obligé de reconnaître que le législateur s'en est inspiré et que les conventions privées seraient impuissantes à créer les avantages fondamentaux attribués aux personnes civiles. « Les membres d'une collectivité quelconque, a-t-on pu dire, auront beau chercher, ils ne trouveront pas un biais qui leur permette de faire considérer comme mobiliers tous leurs droits : il leur manque pour cela un texte dérogatoire aux principes et analogue à l'art. 529, C. C.; jamais ils ne pourront imaginer une ruse qui leur donne la faculté de se faire représenter en justice par un mandataire agis-

(1) Voy. CHARMONT, *Rev. crit.*, 1895, p. 201; *Contrà*, DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*

sant en nom collectif... Jamais, enfin, ils ne découvriront un secret qui leur octroie la puissance de séparer, d'une manière générale et absolue, leur patrimoine du patrimoine social, sans enfreindre les règles juridiques sur le gage du créancier et les privilèges mobiliers (1). »

Nous aurons à revenir sur tous ces points; mais nous pouvons dire tout de suite qu'en ce qui touche la possibilité de se faire représenter en justice, la jurisprudence, une jurisprudence quelque peu arbitraire, admet facilement que les parties ont pu désigner implicitement un mandataire unique (2), renoncer, par suite, à la nullité pouvant résulter de ce que le procès est engagé ou soutenu par le mandataire seul (3) et que cette renonciation peut même être présumée de la part des tiers qui auraient traité avec la collectivité en connaissance de ses statuts (4). Il ne serait donc pas nécessaire de recourir à la fiction de la personnalité civile pour reconnaître à toutes les associations, quel que soit leur but, la possibilité de se faire représenter par un mandataire unique; mais, pour cela, une loi serait nécessaire, et cette loi serait libérale (5).

3. Pour les véritables sociétés, qu'elles soient ou non destinées à obtenir la personnalité civile, leur caractère intrinsèque ne changera pas, et la même définition pourra leur convenir.

ART. 1832. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (*).

... *En résulter...*, c'est-à-dire résulter de l'exploitation de ce

(*) Art. 1832. — L. 5, 44, 52 § 7, D. 17, 2, *Pro socio.*

(1) VAN DEN HEUVEL, *Situation légale des assoc. sans but lucratif*, p. 63.

(2) Cass. 20 juill. 1878, S. 80, 1, 89; Cass. 25 juin 1866, S. 66, 1, 35.

(3) Cass. 27 janv. 1890, *Gaz. Pal.*, 6 mars 1890; Cass. 19 fév. 1884, S. 86, 1, 69.

(4) Voy. MONGIN, *Rev. crit.*, 1890, p. 722.

(5) Voy. LYON-CAEN, sous Cass. 25 mai 1887, S. 88, 1, 162.

quelque chose qui a été *mis en commun*. Mais de ce que l'ensemble des mises constitue un *fonds commun*, il ne faut pas conclure que les associés seront nécessairement copropriétaires de ce fonds commun. Quelquefois il en sera ainsi; mais, plus souvent, chaque associé recevra en échange de son apport ou de sa mise ce qu'on appelle une *action* ou *intérêt* (art. 529).

L'important, au point de vue de la définition donnée par le texte, c'est que l'exploitation du fonds commun constitué par les associés ait lieu dans le but principal d'obtenir des bénéfices pécuniaires destinés à être partagés.

Ce principe est général et s'applique à toutes les associations quel que soit leur but final, sous quelque dénomination qu'elles aient été formées, et quand même on aurait essayé de les revêtir de la forme des sociétés anonymes à capital variable (1). Les associations qui ne présentent pas ce caractère ne constituent pas des sociétés civiles et ne peuvent recueillir des libéralités qu'autant qu'elles auraient obtenu la qualité d'établissement d'utilité publique (2), soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une concession spéciale (Voy. t. I, nos 209, 210, 214 et 215).

Notons cependant qu'une exception a été faite par la loi du 3 novembre 1894 en faveur des sociétés de crédit agricole, qui ne sont pas créées en vue d'obtenir des bénéfices quoiqu'elles puissent en procurer accidentellement (art. 3, § 4 de la loi).

Les solutions qui précèdent s'appliquent sans difficulté, aux associations créées dans un but religieux, littéraire, scientifique ou de pur agrément; aux sociétés de spiritisme (3), de chasse, quoique le contraire ait été jugé par erreur (4); aux *tontines* ou réunions de rentiers qui com-

(1) Cass. 29 oct. 1894, S. 95, 1, 65; Cass. 2 janv. 1894, S. 94, 1, 129.
(2) Arrêt précité du 29 oct. 1894.
(3) *Ibid.*
(4) Voy. Cass. 18 nov. 1865, S. 66, 1, 415; (Comp. Cass. 31 janvier 1894, S. 94, 1, 237; LAURENT, t. XXVI, n° 150; GUILLOUARD, n° 68.

viennent que les rentes dues aux prémourants profiteront aux survivants; aux associations désignées sous le nom de *Sociétés d'assurances mutuelles* (1), etc.

4. Cependant la Cour de cassation a voulu, fort arbitrairement, créér une situation particulière pour les associations hippiques, de tir, de gymnastique et autres paraissant avoir un but d'intérêt général et approuvées par l'autorité administrative. Elle a jugé que ces associations : « tiennent tant de la nature de leur objet que de l'adhésion de l'autorité publique à leur institution une *individualité véritable;* qu'elles peuvent agir ou être actionnées judiciairement, en la personne des membres de leur comité d'administration,... sans qu'il soit nécessaire que les statuts contiennent la mention d'un pouvoir spécial d'ester en justice (2). » Mais là doivent se borner les effets de cette *individualité véritable*. La Cour suprême a en effet décidé que les associations dont il s'agit n'ont pu acquérir ainsi la *véritable personnalité civile* qui, réservée aux seuls établissements reconnus par l'Etat, leur permet de recevoir des libéralités testamentaires (3).

Nous comprenons qu'une loi reconnaisse à certaines associations, la possibilité d'être représentées en justice par leurs administrateurs, mais la Cour de cassation n'a jamais été investie d'un semblable pouvoir, et nous nous associons aux critiques dont les décisions précitées ont été l'objet (4).

(1) Cass. 16 août 1870, S. 71, 1, 15; Paris, 25 mars 1873, D. 75, 2, 17; AUBRY et RAU, § 277, texte et note 5; PONT, *Contrat de Société*, n° 71; LAURENT, t. XXVI, n° 447; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Dr. comm.*, n° 34 *bis;* BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 759; GUILLOUARD, n° 74; Comp. Cass. 25 juill. 1880, S. 81, 1, 245; Cass. 23 oct. 1889, S. 92, 1, 63.

(2) Cass. 25 mai 1887, S. 88, 1, 161; Paris, 12 nov. 1890, S. 90, 2, 243.

(3) Cass. 2 janv. 1894, S. 94, 1, 129; note de M. LYON-CAEN.

(4) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 136; GUILLOUARD, n° 29; Comp. Trib. Evreux, 21 oct. 1887; Trib. Langres, 9 déc. 1887, S. 88, 2, 119.

Il faut remarquer en outre que les motifs donnés par la Cour de cassation, et tirés de cette circonstance que les associations envisagées paraissent constituées en vue d'un intérêt général, n'ont aucune valeur, car s'il s'agissait uniquement d'intérêts particuliers, la Cour n'hésiterait pas, comme nous l'avons déjà indiqué, à supposer l'existence d'un mandat.

Ainsi dans une hypothèse où il s'agissait d'une association formée entre les souscripteurs à un emprunt émis sous la forme d'obligations, en vue de la défense de leurs intérêts, la Cour a décidé que, *sans avoir à rechercher si cette association présentait tous les caractères d'une société civile proprement dite*, l'acte qui la créait conférait tout au moins à son directeur le mandat valable de représenter ses co-associés dans la limite de l'intérêt mis en commun. La Cour reconnaissait d'ailleurs qu'une pareille association ne constituait pas une personne morale (1).

5. Il faut donc pour qu'une association existe avec le caractère de *société* qu'il soit d'abord établi qu'elle a été constituée en vue de partager des bénéfices pécuniaires éventuels, — sauf l'exception résultant de la loi du 5 novembre 1894 pour les sociétés de crédit agricole.

Le partage de ces bénéfices doit avoir lieu pendant toute la durée de l'association. Il doit en être ainsi, alors même, dans le cas de deux personnes associées pour l'exercice d'une industrie, que l'un des associés, appelé, par exemple, sous les drapeaux, aurait été empêché, durant plusieurs années, d'apporter à la société le concours de son travail, si la société n'a pas été interrompue durant cette période, et a continué d'exister dans les mêmes conditions. Cet associé, en pareil cas, doit seulement à son co-associé une indemnité appréciée par les juges du fait, pour le préjudice résultant de son absence (2).

(1) Cass. 3 déc. 1889, S. 91, 1, 525.
(2) Cass. 16 nov. 1886, S. 88, 1, 423.

Dans cette hypothèse il y avait société parce que, d'après l'économie du contrat, chacune des parties demeurait obligée de concourir, par ses efforts individuels, à la poursuite en commun d'un même but.

Il n'y aurait donc pas société si les parties s'étaient bornées à mettre en commun un meuble, un immeuble ou un capital pour en jouir alternativement, par exemple pendant trois mois chacun, pour les besoins de leur commerce respectif (1).

La même solution a été admise pour le cas où des commissionnaires de transport, dans le but d'économiser les frais généraux, s'engagent à mettre en commun toutes les marchandises que chacun d'eux serait chargé de transporter (2), et aussi pour le cas où, dans le même but, des agents d'assurances mettent en commun pour les partager, les courtages obtenus pour les assurances qu'ils auraient fait contracter chacun de son côté (3). Mais ces deux décisions sont fort contestables. Les bénéfices n'existent que déduction faite des frais généraux. Donc toute clause tendant à la diminution des frais généraux dans le but de partager l'excédent de bénéfices résultant de cette économie commune, porte en réalité sur un partage de bénéfices, et établit, à ce point de vue restreint, une société entre les intéressés.

Il faut encore, pour qu'il y ait société, et quoique l'article 1832 ne l'indique pas, que chacun des associés contribue aux pertes (art. 1855) (4). Nous reviendrons plus loin sur ce point.

(1) Cass. 4 janv. 1842, D. *Répert.*, v° *Industrie*, n° 418; Cass. 4 juill. 1826, S. C. N. VII, 1, 380; LAURENT, t. XXVI, n° 151; ARNTZ, t. IV, n° 1265; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 36; GUILLOUARD, n° 75.

(2) Rouen, 5 mars 1846, D. 49, 2, 228.

(3) Cass. 29 nov. 1831, DALLOZ, *Répert.*, v° *Société*, n° 108; Conf. LAURENT, t. XXVI, n° 149; GUILLOUARD, n° 75.

(4) Cass. 30 déc. 1893, S. 94, 1, 484; Cass. 9 juill. 1885, S. 88, 1, 477.

6. Enfin il ne suffit pas que les parties aient mis une chose en commun pour en retirer des bénéfices à partager, il faut encore qu'elles aient eu spécialement l'intention d'être associées ensemble, c'est-à-dire de se soumettre, pour l'exécution de leur convention, au régime du contrat de société.

Par conséquent la convention par laquelle un commerçant donne à son commis, à titre de salaire, une quote-part des bénéfices, ne fait pas de celui-ci l'associé du patron, mais établit seulement un louage de services. Le commis a promis ses services moyennant une rémunération aléatoire consistant dans une partie des bénéfices (1).

De même si plusieurs personnes achètent un immeuble à frais commun, en jouissent par indivis, durant un temps plus ou moins long, et le revendent ensuite moyennant un prix faisant ressortir un bénéfice certain, ce prix et le bénéfice qu'il comporte devra être partagé entre les co-vendeurs, sans pour cela qu'il y ait eu société entre eux, s'il n'est pas établi qu'ils ont eu positivement l'intention de faire une société. Il y aura eu simplement entre eux un état de communauté ou d'indivision.

7. Quel intérêt juridique y a-t-il donc à vérifier si plusieurs personnes, par rapport à un ou plusieurs objets, sont en état de communauté ou en état de société?

Il convient d'abord de considérer que les deux situations envisagées présentent ce caractère identique, à savoir que, dans l'une comme dans l'autre, il y a une chose mise *en commun*.

L'effet direct de la mise en commun d'une chose c'est que le droit de chaque co-propriétaire se trouve forcément diminué ou restreint par le droit égal et semblable appartenant aux autres, et ce pour toute la durée de l'indivision; tel est le droit commun.

(1) Aix, 6 déc. 1888, S. 89, 2, 219; LAURENT, t. XXVI, n° 154; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 759 4°; GUILLOUARD, n°s 14 et 77.

Cela posé, la question revient à savoir combien de temps pourra durer cette indivision.

Si l'indivision résulte de l'établissement d'une simple communauté, provenant d'une situation de fait, d'un hasard, d'une succession, d'un legs ou même d'une convention, mais sans esprit de spéculation ou de lucre, elle n'est imposée à chacun des co-propriétaires que pour cinq ans au plus (art. 815). Le développement de la propriété individuelle considéré comme étant d'ordre public, commandait cette limitation, cette restriction du droit commun.

Mais une telle limitation n'existe plus quand l'indivision est la conséquence de l'établissement d'une société (Voy. t. V, n° 283). L'indivision doit alors durer autant que la société elle-même (1). Ceux qui ont mis des biens en société pour un certain temps, ainsi qu'ils en ont le droit, n'ont pas seulement contracté l'obligation personnelle de les laisser en commun, ils ont en réalité organisé pour la propriété elle-même une condition juridique nouvelle; ils ont créé au profit de la masse un droit qui est désormais à l'abri des actes individuels. C'est ce droit ainsi diminué ou restreint qui peut seul être transmis aux ayants-cause (2); c'est en réalité le droit commun qui reçoit son application. Nous verrons sous l'art. 1860 quelles doivent être les conséquences de cet aperçu.

8. Il y a encore d'autres différences entre la communauté et la société :

Les communistes ne contractent aucune obligation à l'égard des autres co-propriétaires. Ils ne sont donc pas tenus des réparations nécessaires à la chose commune, et peuvent s'en affranchir en abandonnant leur droit de propriété. Les associés sont au contraire, obligés de faire les dépenses nécessaires à la conservation de la chose commune (art. 1859 3°).

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 434.
(2) Voy. MONGIN, *Rev. crit.*, 1890, p. 704.

Les art. 1846, 1848 et 1849 relatifs à la société ne sont pas applicables à la communauté.

La communauté ne prend fin que de trois manières : par le partage proprement dit; par la cession ou abandon que l'un des communistes ferait aux autres de sa part dans la communauté, ou par l'extinction de la chose commune; elle ne finit pas par la mort ni par l'interdiction, ni par la déconfiture de l'un des communistes.

Il faut encore remarquer que la communauté ne peut jamais revêtir une personnalité civile, tandis qu'il en est autrement de la société, ainsi que nous le verrons plus loin.

9. Le contrat de société est naturellement soumis, quant à ses conditions d'existence et de validité, aux règles dont l'ensemble forme la théorie générale des contrats.

Nous rappelons que ces règles ont trait au consentement des parties, à leur capacité et à l'objet (ou cause) de l'obligation.

Il faudra donc, en premier lieu, vérifier si les parties ont donné leur consentement avec l'intention de s'obliger.

Le juge du fait, en recherchant si cette intention existe, pourra constater souverainement que cette intention n'existe pas. C'est ce qui aura lieu assez souvent quand les parties auront simplement en vue d'organiser des réunions d'agrément. Ainsi il peut arriver que les règlements d'une société de musique ou de chant, ayant pour but l'amusement des adhérents sans aucun intérêt pécuniaire, ne fassent aucunement apparaître la volonté de s'obliger juridiquement. Il n'existerait dans ce cas aucune action en justice pour l'exécution des statuts. Mais cela n'empêcherait pas les membres adhérents, en leur qualité de communistes ou co-propriétaires, d'agir utilement à l'effet d'obtenir la restitution d'objets mobiliers indûment retenus par un ancien adhérent (1).

Si le juge constate l'intention de s'obliger, cela ne suffit pas

(1) Cass. belge, 2 déc. 1875, *Pas.*, 76, 1, 37.

encore pour qu'il y ait société, car les parties auraient pu envisager un contrat tout autre. Il faut de plus, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, que les parties se soient mises d'accord pour conclure le contrat appelé *société* tel qu'il est défini par l'art. 1832. Elles peuvent du reste agir par l'intermédiaire d'un mandataire formellement constitué (1) ou même d'un tiers agissant sans mandat, mais se portant fort et promettant ratification. La ratification produira ses effets entre les parties rétroactivement à dater du jour où la promesse a été faite, mais elle ne pourra nuire aux tiers qui ont acquis des droits dans l'intervalle (2). (Voy. t. VIII, n° 385).

Le consentement doit d'ailleurs être exempt de violence, de dol ou d'erreur. L'erreur portant sur la personne serait une cause de nullité dans les sociétés où la considération de la personne a été la cause principale de la convention (art. 1110), mais non dans les sociétés par actions où il n'y a que des capitaux engagés.

La promesse de former une société dans un délai déterminé est valable et pourra donner lieu à des dommages-intérêts ou tout au moins à une restitution des versements opérés, en cas d'inexécution, sans qu'il y ait à distinguer s'il s'agit d'une société civile ou d'une société commerciale (3), car cette promesse est un contrat innomé, et ne doit pas être confondue avec la société à créer.

10. La capacité requise pour pouvoir contracter une société est la capacité de s'obliger. Par conséquent, le mineur et l'interdit ne peuvent contracter une société civile. Un mineur ou un interdit peuvent cependant se trouver appelés à continuer une société dont leur auteur faisait partie. En vertu

(1) Cass. 20 mars 1860, D. 60, 1, 398.

(2) Cass. 10 juill. 1850, S. 51, 1, 122; PONT, *Contrat de société*, n° 17; GUILLOUARD, n° 32; *Contrà*, LAURENT, t. XXVI, n° 138.

(3) Cass. 16 fév. 1887, D. 87, 1, 208; Paris, 2 déc. 1887, D. 88, 5, 332; Comp. GUILLOUARD, n° 33; Toulouse, 22 juin 1872, D. 72, 2, 156.

d'une disposition spéciale de la loi du 5 déc. 1894, tous les membres d'une société de crédit agricole doivent être membres d'un syndicat agricole, c'est la condition essentielle.

En ce qui concerne les sociétés par actions, la capacité de devenir commerçant n'est pas nécessaire, puisque le principe de ces actions consiste, comme nous le verrons plus loin, en ce que les associés ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise; ils ne sont pas commerçants. Il n'est même pas besoin que l'adhérent d'une société par actions ait la capacité de faire des actes de commerce, à moins qu'il ne souscrive des actions dans un but de spéculation. Ce sera alors une question de fait (1).

Pour la question de savoir si les sociétés entre époux sont permises, nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit sur ce point (Voy. t. IX, n° 39; t. X, n° 48). La jurisprudence, tout en se prononçant pour la nullité de semblables sociétés, reconnaît cependant qu'elles ont pour résultat des rapports de fait dont il faut tenir compte (2), et que la nullité, fût-elle d'ordre public, peut être couverte par une ratification ou exécution complète postérieure au décès du mari (3).

Il a été décidé qu'il n'y avait pas lieu de considérer comme constituant une société entre époux, nulle à ce titre, celle à la formation de laquelle la femme de l'un des associés a concouru pour affranchir de son hypothèque légale les apports immobiliers de son mari, si d'ailleurs la femme ne doit intervenir en quoi que ce soit dans l'administration de la société, et si le pacte social ne déroge en rien aux conventions matrimoniales (4).

Enfin, nous verrons sous l'art. 1840 qu'une société univer-

(1) R. Rousseau, *Manuel des sociétés par actions*; (Paris, 1896), n° 33.

(2) Cass. 27 juin 1893; S. 94, 1, 23.

(3) Cass. 6 fév. 1888; S. 90, 1, 49.

(4) Trib. civ. Seine, 18 fév. 1896; *Gaz. Trib.*, 12 juin 1896.

selle ne peut exister qu'entre personnes respectivement capables de se donner et de recevoir.

11. Le but final de la société, c'est-à-dire l'objet de la convention, du contrat, doit être licite. Il ne faut pas, d'ailleurs, confondre cet objet de la convention avec l'objet de l'obligation, contractée par chacune des parties, c'est-à-dire avec l'objet dont l'apport ou mise en commun doit être réalisé.

La loi s'est occupée de ces deux choses différentes dans le texte suivant :

ART. 1833. Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties. — Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie (*).

En ce qui touche l'objet de la société, il est certain qu'il faut déclarer nulle toute société qui aurait pour but final la négociation ou l'exploitation en commun d'un objet qui n'est pas dans le commerce. Il faut appliquer purement et simplement les règles formulées sur l'*objet* et sur la *cause* au titre des *obligations*.

Pour qu'il y ait nullité à cause du caractère illicite de l'objet d'une société, il faudrait donc, d'abord, que la convention, considérée en soi, pût avoir le caractère de société, en supposant que son objet fût licite. Il faudrait en outre que la disposition de loi déclarant cet objet illicite, vise en effet l'objet lui-même indépendamment des personnes.

Si la loi visait au contraire les personnes indépendamment de l'objet de la société, la société pourra encore être nulle, mais pour des motifs étrangers à son objet. Il y aura en pareil cas une prohibition légale interdisant un contrat à certaines personnes (comp. t. X, nº 39).

Ainsi, l'association formée pour l'acquisition en bloc d'une certaine quantité d'immeubles dans le but de les revendre en détail, ne présente en soi rien d'illicite. Cependant une

(*) Art. 1833. — L. 3, 29, 30, D. 17, 2, *Pro socio*.

telle association serait nulle si elle était contractée entre un individu et un notaire chargé de recevoir les actes de vente et autres auxquels donneraient lieu les opérations envisagées. Pourquoi? Serait-ce parce que la société dont il s'agit aurait un objet ou une cause illicites? Evidemment non; mais uniquement parce que la loi du 25 ventôse an XI interdit aux notaires de recevoir des actes dans lesquels ils sont personnellement intéressés, et en outre parce que l'ordonnance du 4 janvier 1843, leur défend de faire des spéculations sur des immeubles (1). La société est donc nulle uniquement à raison d'une infraction commise par le notaire à ses devoirs professionnels. Cependant la Cour de cassation a déclaré nulle une société de ce genre comme ayant une cause ou objet illicite (2)!

D'un autre côté, l'art. 1833, en déclarant que toute société doit avoir un objet licite, semble vouloir formuler une règle qui aurait quelque chose de spécial au contrat de société. Il n'en est rien : quand l'objet d'une convention est illicite, ce n'est pas seulement la société créée en vue de cet objet qui est illicite, c'est toute espèce de contrat.

La loi a donc eu tort de rappeler surabondamment à propos de la société une règle qui est commune à tous les contrats.

Treilhard, dans l'*Exposé des motifs* de notre titre, a encore développé cette équivoque.

« Tout ce qui est licite, disait-il, est du domaine du contrat de société; il ne se trouve de limite que dans une prohibition expresse de la loi (3). » Mais pourquoi insister ainsi particulièrement à propos du contrat de société? Tout ce qui est licite est du domaine de tous les contrats; voilà la vérité sans équivoque. Treilhard ajoutait ensuite : « On ne peut

(1) Voy. GUILLOUARD, n° 50.
(2) Cass. 14 mai 1888, S. 89, 1, 12.
(3) Voy. FENET, t. XIV, p. 394.

s'associer ni pour un commerce de contrebande, ni pour exercer des vols, ni pour tenir un mauvais lieu, ni pour des manœuvres qui tendraient à faire hausser le prix d'une denrée, ni enfin pour aucun fait réprouvé par la loi ou par les bonnes mœurs (1). »

Mais cela n'est pas, pour la société, d'une vérité plus spéciale que pour les autres contrats; ainsi les entraves aux enchères sont défendues sous quelque forme qu'elles se produisent (art. 412), et il n'existe pas une seule hypothèse dans laquelle, à propos d'un objet illicite, un contrat quelconque serait autorisé, et la société seule défendue.

12. C'est ce qu'il est facile de vérifier en prenant pour exemple la contrebande. Pour la contrebande qui s'exerce à l'intérieur, il n'y a aucune difficulté : les textes qui la prohibent sont positifs, et on a même déclaré illicite l'association formée entre marchands de liquides pour frauder le Trésor ou une caisse municipale (2). Quant à la contrebande qui s'exerce à l'étranger, elle n'est défendue par aucun texte de la loi française (3); elle n'est prohibée que par des traités internationaux conclus avec certaines puissances. (Traité avec l'Espagne du 24 décembre 1886). Cependant, la question est controversée, mais l'intérêt de la controverse ne porte pas uniquement sur le point de savoir si les sociétés formées en vue d'une telle contrebande sont valables; il s'agit encore de la validité des contrats d'assurance, de louage de services et autres qui auront pu être conclus à cette occasion.

Une controverse analogue et présentant le même intérêt existe à l'égard des contrats de sociétés ou autres relatifs

(1) Voy. FENET, t. XIV, p. 394.

(2) Cass. 6 nov. 1880, S. 81, 1, 248.

(3) AUBRY et RAU, § 378, note 7; LAROMBIÈRE sur l'art. 1133, n° 41; Cass. 25 août 1835, S. 35, 1, 673; Paris, 22 fév. 1849, S. 49, 2, 144; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 54; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 758.

à l'exploitation d'une maison de jeu établie à l'étranger, dans un pays qui tolère ce genre d'établissement (1).

13. On dit encore qu'on ne peut mettre en société un emploi du gouvernement. Cela est manifeste, mais l'hypothèse est chimérique. Dans le cas unique relevé par les auteurs, il s'agissait d'une direction pour la dessiccation des soies; deux candidats se présentaient pour obtenir cette direction. Il fut convenu entre eux que l'un se désisterait de sa candidature, à condition que, si l'autre était nommé, il serait son associé, sur un pied d'égalité parfaite, *dans la manutention et les émoluments*. La convention fut annulée par le motif que, l'emploi étant à la disposition du gouvernement, il n'était pas permis d'en trafiquer (2). Mais il n'est pas plus permis d'en trafiquer au moyen d'un louage, d'un bail ou d'une cession qu'au moyen d'une société. Il n'y a donc rien là de particulier au contrat de société.

14. On a prétendu appliquer la même règle aux mises en société d'un office ministériel. Ces offices, a-t-on dit, sont hors du commerce; donc, la société formée pour les exploiter est immorale et illicite. C'est ce qui a été jugé à l'occasion d'associations formées pour l'exploitation d'une charge de notaire (3), d'avoué (4), d'huissier (5), de courtier maritime (6), d'agent de change (7). Mais cela est inexact; si ces associations sont nulles, ce n'est pas à raison du caractère illicite du but final que les associés se proposent

(1) Voy. en sens contraire, Paris (4e ch.), 31 mars 1849, S. 49, 2, 464; Paris (2e ch.), 22 fév. 1849, S. 49, 2, 144.
(2) Lyon, 12 janv. 1822, DALLOZ, *Répert.*, v° *Société*, art. 159.
(3) Cass. 15 janv. 1855, S. 55, 1, 257.
(4) Rennes, 28 août 1841, S. 41, 2, 495.
(5) Cass. 9 fév. 1852, S. 52, 1, 190; Toulouse, 18 janv. 1866, S. 66, 2, 167.
(6) Rennes, 19 janv. 1881, S. 81, 2, 181; Voy. cep. Alger, 26 juillet 1860, D. 60, 2, 181.
(7) Cass. 2 juill. 1861, S. 61, 1, 717.

d'atteindre; c'est uniquement à raison des prohibitions s'adressant à la personne des titulaires et ne leur permettant pas de laisser un tiers s'ingérer, à un titre quelconque, dans l'administration de leur charge. Ce qui le prouve, c'est que la loi du 2 juillet 1862 a autorisé les agents de change près les bourses pourvues d'un parquet à s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés, avec participation aux produits et à la liquidation de la charge. C'est-à-dire que le législateur a eu des motifs pour lever, à l'égard de la personne des agents de change, une prohibition paraissant, au contraire, devoir être maintenue à l'encontre des autres officiers ministériels. Différemment on ne comprendrait pas comment une association pour l'exploitation d'un office d'huissier pourrait être considérée comme plus contraire à l'ordre public qu'une association pour l'exploitation d'un office d'agent de change.

L'ordre public est donc étranger à ces prohibitions et, par conséquent, il ne convient pas de les étendre. Aussi pensons-nous qu'un officier ministériel pourrait donner à ses clercs une part dans les bénéfices de son office, soit comme traitement, soit comme rémunération supplémentaire (1). Il ne résulterait d'ailleurs d'une telle convention qu'un louage de services.

Il y a encore d'autres prohibitions résultant de ce que certaines opérations ou exploitations ne peuvent être pratiquées que par une catégorie déterminée de personnes. Ainsi les pharmaciens peuvent seuls gérer une officine de pharmacie. Par conséquent, toute convention par laquelle un pharmacien s'associe, pour l'exploitation de son officine, un tiers qui n'a pas le titre légal de pharmacien, est nulle, ce tiers fût-il un médecin (2). Il faut en dire autant des

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 338; PONT, n° 45; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 72; Riom, 22 juill. 1842, S. 42. 2, 476; *Contrà*, LAURENT, t. XXVI, n° 160; GUILLOUARD, n° 47.

(2) Paris, 31 mai 1866, S. 67, 2, 49.

sociétés créées pour faire la négociation des valeurs réservées aux agents de change par l'art. 76, C. com. (1).

15. On voit, d'après les solutions diverses qui précèdent, que la jurisprudence annule comme ayant une cause, c'est-à-dire un objet illicite, aussi bien les sociétés formées en contravention à une prohibition concernant les personnes, que les sociétés formées en vue d'un but illicite en soi.

On se demande alors quelles vont être les conséquences de cette nullité, notamment lorsqu'il n'a été fait aucune répartition des bénéfices et que ces bénéfices sont restés dans la possession de l'associé qui administrait la société. Les autres associés pourront-ils réclamer leur part?

Il y a sur ce point de graves difficultés.

La négative est soutenue par les motifs suivants :

« La société fondée sur une cause illicite est absolument nulle, inexistante; elle ne peut produire effet, d'après l'art. 1131; la conséquence nécessaire est qu'elle ne peut donner lieu à aucune action en justice fondée sur les clauses de l'acte de société ou sur le fonctionnement de la société. Or, l'associé qui réclame de son associé le partage des bénéfices invoque sinon l'acte de société, au moins l'existence même de la société; il devra exposer, dans son exploit introductif d'instance, qu'il a existé entre les parties une association, que cette association a produit des bénéfices et qu'il y a lieu de les partager, toutes choses que les tribunaux ne peuvent entendre : *nulla est doli communicatio*. Voit-on où conduirait, par exemple, un débat devant les tribunaux sur la répartition des bénéfices produits par une association fondée pour l'exploitation d'une maison de tolérance ou pour la pratique de la contrebande (2)! »

Nous n'hésiterons pas à adhérer à une telle solution

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 69; GUILLOUARD, n° 53.

(2) GUILLOUARD, n° 58; Conf. POTHIER, *Contrat de société*, n° 36; DURANTON, t. XVII, n° 327; DUVERGIER, *Contrat de société*, n°s 25 et

chaque fois que nous nous trouverons, en présence d'une société réellement illicite à raison de son objet considéré en soi, indépendamment de la qualité des personnes, comme le serait une association ayant pour but la pratique de la contrebande, ou l'exploitation d'une maison de tolérance.

16. Voyons maintenant les arguments de l'affirmative :

Les parties, dit-on, sont également en faute, et il est immoral que l'une d'elles, celle que le hasard ou l'exécution des clauses du contrat de société a mise en possession des bénéfices réalisés puisse se les approprier. Ce résultat n'est pas seulement immoral, il est contraire aux dispositions de l'art. 1131, car le contrat illicite ne devant avoir aucun effet, il ne doit pas produire cet effet très important d'assurer tous les bénéfices à l'un de ceux qui ont violé la loi. On doit donc donner aux associés l'action en partage. Que l'on n'objecte pas que cette action est fondée sur un acte de société qui ne peut produire effet, car ce n'est pas sur la société qu'elle est fondée, mais sur la communauté de fait qui a existé entre les associés; la société est annulée, soit; mais on ne peut pas effacer la communauté qui a existé entre les parties, et cet état suffit pour légitimer l'action en partage qui leur est donnée (1).

Il nous paraît difficile de ne pas adopter ce raisonnement quand on se trouve en présence d'une société qui, en soi, n'a rien d'illicite, et qui est annulée uniquement par suite d'une prohibition concernant la personne de l'une des parties, comme dans le cas déjà cité d'une association formée entre un notaire et un tiers pour l'achat et la revente des immeubles.

suiv. AUBRY et RAU, § 378, texte et note 8; PONT, nos 54-57; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, no 74; Cass. 10 janv. 1865, D. 65, 1, 290; Dijon, 25 juin 1884, *La Loi* du 9 fév. 1889.

(1) LAURENT, t. XXVI, nos 166-168; Cass. 15 nov. 1876, S. 77, 1, 409; Cass. 7 fév. 1865, 1, 235, etc.

17. Il n'est pas possible, en effet, de traiter de la même manière les sociétés dont parlait Treilhard, créées pour pratiquer le vol ou la fraude, ou exploiter un mauvais lieu, lesquelles ne peuvent avoir aucune existence juridique, et les sociétés qui ne présentent en elles-mêmes rien d'illicite.

Cette distinction que nous avons déjà indiquée plus haut doit produire ici son effet utile. On la retrouve déjà, en fait, dans la jurisprudence, quoiqu'elle ne soit pas nettement formulée.

Ainsi il a été jugé qu'une association formée entre marchands de vin pour frustrer le trésor public et la caisse municipale étant illicite (en soi), les associés n'avaient aucune action l'un contre l'autre pour faire apurer leurs comptes respectifs résultant de l'association (1).

D'un autre côté, la Cour de cassation a reconnu que la nullité d'une société créée pour un objet licite en lui-même, nulle seulement pour infraction aux règles d'une certaine profession (pharmacien), n'empêche pas que, jusqu'au moment où cette nullité est demandée par les intéressés, il ait pu y avoir entre les associés des rapports de fait qui ouvrent à chacun le droit de provoquer le partage de l'actif et du passif résultant des opérations faites en commun (2).

Mais la Cour de cassation n'emploie pas toujours une formule aussi nette, et bien souvent elle donne à une association nulle seulement pour infraction aux règles d'une profession, la qualification inexacte d'association nulle comme ayant une cause ou objet illicite ou hors du commerce. Elle a même invoqué la cause illicite pour annuler l'association dont nous avons parlé conclue entre un notaire et un tiers pour l'achat et la revente des immeubles (3)!

Les Cours d'appel ont en général adopté une terminologie

(1) Limoges, 18 août 1879, D. 80, 2, 131.
(2) Cass. 15 nov. 1876, D. 77, 1, 70.
(3) Cass. 14 mai 1888, S. 89, 1, 12.

semblable. Il a été décidé, par exemple, que la cession par un agent de change d'une portion de la valeur de sa charge à prendre dans le quart incessible de la somme représentant le prix de l'office et le cautionnement, a *une cause illicite* contenant cession d'une *chose hors du commerce*. Cela est manifestement faux; il n'y a qu'une simple infraction à une règle prohibitive. Aussi la même décision ajoute-t-elle avec raison, que l'annulation de la cession laisse subsister pour le passé la société de fait qui a existé entre les parties, et que par suite le cessionnaire n'est admis à réclamer seulement que la part lui revenant dans l'actif après paiement intégral des dettes (1).

Ce sont ces formules exagérées étendues a des hypothèses pour lesquelles elles n'ont pas été créées, qui ont empêché la distinction si naturelle que nous avons faite d'apparaître clairement.

18. Nous pensons que la même distinction doit être faite quand il s'agit des demandes en restitution des apports effectués en vertu d'un contrat de société déclaré nul.

Il faut remarquer d'abord que le demandeur en restitution est obligé pour expliquer sa demande d'indiquer, dans l'*exposé sommaire des moyens* (art. 61, C. pr. c.), dans quelles circonstances il a versé l'apport dont il réclame la restitution, et en outre, d'invoquer la nullité prononcée ou déclarée de la société. Supposons qu'il s'agisse d'une opération illicite en soi (contrebande, vol, tenue d'un mauvais lieu, etc.), le défendeur pourra-t-il opposer que l'apport a disparu par suite des mauvaises affaires de la société? Evidemment non, car ce serait convier les juges à liquider cette société inexistante. Mais alors il serait inique d'accorder une restitution qui rendrait le demandeur indemne des conséquences de sa participation à une pareille société. Tous ceux qui y prennent

(1) Paris, 11 juill. 1885, D. 86, 2, 117.

part savent très bien qu'ils s'exposent à perdre, le cas échéant, la totalité de leurs apports.

Mais la situation n'est plus la même quand il s'agit des associations annulées pour une simple infraction à des règles professionnelles, quoique d'après le langage des arrêts l'annulation soit prononcée pour cause illicite (Comp. t. VIII, n° 382). Ainsi nous avons vu que le cessionnaire de la partie incessible du prix d'un office d'agent de change peut réclamer sa part dans l'actif social (1).

La Cour de cassation a même décidé dans le cas de l'association déjà mentionnée entre un notaire et un tiers pour la revente des immeubles, association mal à propos déclarée nulle *pour cause illicite*, que l'associé ayant reçu des sommes pour le compte de ses co-associés, doit les restituer avec intérêts dans les termes de l'art. 1378, c'est-à-dire du jour de la réception de ces sommes, et qu'on ne saurait conclure de la nullité de la société, que l'associé a touché ces sommes en qualité de dépositaire, de mandataire ou de *negotiorum gestor*, et par suite, qu'il ne doit pas tenir compte des intérêts (2).

On voit donc que lorsque la société est annulée, non à raison du caractère illicite de l'objet, mais uniquement à raison de la violation d'une certaine disposition prohibitive édictée à l'égard des personnes, il faut admettre le partage des bénéfices et des pertes et la restitution des apports.

C'est ce que la Cour suprême a reconnu à propos des sociétés entre époux. Ces sociétés, comme les ventes entre époux, tombent plutôt sous le coup d'une véritable prohibition que d'une incapacité proprement dite (Comp. t. X, n° 39), et il ne saurait être alors question de cause ou d'objet illicite. Or, dit la Cour de cassation, « la nullité d'une société créée dans un but d'intérêt licite en lui-même n'empêche pas que jus-

(1) Arrêt précité.
(2) Cass. 14 mai 1888, S. 89, 1, 12.

qu'au moment où cette nullité (pour violation de la prohibition des sociétés entre époux) est demandée par les intéressés, il ait pu y avoir lieu entre les prétendus associés des rapports de fait qui doivent se régler sans que l'un s'enrichisse aux dépens de l'autre, et qui, par conséquent, ouvrent à chacun d'eux le droit réciproque de provoquer le partage de l'actif et du passif résultant des opérations faites en commun (1). » (Voy. t. IX, n° 39).

19. La distinction que nous avons proposée doit produire encore d'autres conséquences.

Dans les cas de cause ou objet illicite, l'association n'a aucune existence juridique, et cette inexistence peut être opposée en tout temps par toute personne intéressée. Il ne saurait donc être question d'une action en nullité, mais seulement, le cas échéant, d'une action en déclaration d'inexistence, action qui échappe à toute prescription, et il serait impossible de concevoir en pareille matière une confirmation, ratification ou validation quelconque (Comp. t. I, n° 201; t. II, n° 21; t. VIII, n° 187).

Au contraire, dans le cas où la société a été formée en contravention à une disposition prohibitive édictée à l'égard de certaines personnes, une action en nullité sera nécessaire. Les prohibitions de ce genre ne se bornent pas à édicter une simple incapacité, elles sont motivées par des considérations d'ordre public plus ou moins bien justifiées, mais dont il faut toujours tenir compte. L'action en nullité étant d'ordre public appartiendra à toutes les parties et pourra être opposée aux tiers; elle durera trente ans du jour de l'acte, sans qu'aucune ratification soit possible (Comp. t. X, n° 55).

Mais l'ordre public est en réalité si peu intéressé, que dans certains cas, la jurisprudence, ne tenant pas compte des principes, a admis la possibilité d'une ratification quand une

(1) Cass. 7 mars 1888, S. 88, 1, 305; Cass. 27 juill. 1893, D. 93, 1, 488.

loi nouvelle a fait cesser la prohibition sous l'empire de laquelle la société avait été formée (1).

N° 2. — Des apports faits à une société ayant ou n'ayant pas la personnalité civile.

20. — En quoi peut consister un apport.
21. — Le crédit seul peut-il constituer un apport sérieux? Controverse; Adoption de la négative.
22. — Effets de l'apport suivant qu'il est fait dans une société ayant ou n'ayant pas la personnalité civile.
23. — Quelles sociétés jouissent de la personnalité civile.
24. — Les sociétés civiles ordinaires ont-elles, d'après le Code, une personnalité civile? Solution affirmative admise, sans motifs suffisants, par la jurisprudence.
25. — Des sociétés civiles ayant revêtu la forme de la société anonyme ou de la société en commandite par actions. L. 1er août 1893.
26. — Différences existant entre les sociétés à personnalité civile et les sociétés dénuées de cette personnalité; d'abord au point de vue de la représentation en justice;
27. — Ensuite au point de vue de l'action des créanciers,
28. — Et de l'application des principes sur la compensation;
29. — Enfin quant au sort des apports. En échange de la valeur qu'il apporte chaque associé reçoit un *intérêt* ou une action.
30. — Ce que devient l'intérêt ou l'action quand la société est dissoute.
31. — Les sociétés à personnalité civile ne peuvent recevoir des libéralités.

20. L'objet de la société, c'est-à-dire le but final que les parties se proposent d'atteindre, ne doit pas être confondu avec les moyens d'atteindre ce but, et notamment avec les *apports* que les parties se sont obligées de fournir à cet effet. L'apport doit consister dans un élément appréciable du patrimoine de l'associé, qui, de ce patrimoine, passe dans celui de la société, de manière à contribuer à la formation du fonds commun (2).

(1) Paris, 12 juill. 1880; Cass. 3 mai 1881, D. 82, 1, 10.
(2) PONT, t. I, n° 59; note dans D. 1887, 1, 417.

Chaque associé, dit l'art. 1838, doit apporter soit de l'argent, soit d'autres biens, soit son industrie. L'apport en industrie se résout en une obligation de faire (1).

Il n'est pas nécessaire que les apports de tous les associés soient de même nature. Mais ils doivent être réels et non fictifs. C'est là une règle absolue qui a pour but, non d'assurer une égalité relative et proportionnelle entre les associés, mais d'empêcher des tentatives de fraude contre les tiers ou le public. Par conséquent, la société serait nulle, non seulement si l'apport d'un ou de plusieurs associés seulement était fictif ou inexistant (2), mais encore si les apports de tous les associés étaient également fictifs (3). Si l'apport de l'un des associés est fictif, et si les associés avaient eu l'intention de déguiser une donation au moyen de cette reconnaissance d'apport, la donation serait valable d'après la jurisprudence qui a prévalu sur la validité des donations déguisées sous la forme d'un acte à titre onéreux (Voy. t. VI, nº 191 et suiv.).

21. On dit généralement que le crédit politique ne peut pas faire l'objet d'un apport, mais qu'il en est autrement du crédit commercial (4).

Il y a là une équivoque : le crédit, quel qu'il soit, commercial ou politique, ne saurait à lui seul constituer un apport véritable et suffisant. Quand la loi valide l'apport qui consisterait simplement dans une industrie, elle entend qu'il s'agira d'une coopération active, d'un travail quelconque et non pas seulement de l'inscription d'un nom sur une enseigne. Quand cette collaboration active, que la loi appelle une industrie,

(1) Cass. 6 avr. 1853, D. 53, 1, 193; Paris, 14 avr. 1883, D. 84, 2, 123.

(2) Cass. 16 juin 1887, S. 87, 1, 407.

(3) Voy. LAURENT, t. XXVI, nº 300.

(4) Comp. AUBRY et RAU, § 377, texte et note 2; LAURENT, t. XXVI, nº 143; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, nº 32; GUILLOUARD, nº 64.

est promise, l'apport existe, et si le nom de l'apporteur se recommande, en outre, par un crédit commercial ou par un crédit politique, il y a là une circonstance extrinsèque de nature à faire ressortir la valeur de l'apport.

Mais le crédit tout seul, même le crédit commercial, ne suffirait pas. Cela a été contesté : « Il s'agit, a-t-on dit, de fonder, par exemple, une société de mines, et les futurs associés s'adressent à un homme qui a consacré sa vie à l'exploitation des mines et qui y a conquis à la fois la réputation d'un honnête homme et d'un industriel très habile ; est-ce que la présence de cet homme parmi les fondateurs de la société n'est pas de nature à inspirer confiance et à faire affluer vers la société les capitaux et les commandes dont elle a besoin, et ne peut-on pas dire que son nom constitue une valeur, un bien dans le sens de l'art. 1833 (1) ? »

Non, on ne le peut pas. Ce prétendu *fondateur* n'a rien fondé ; il n'a coopéré en aucune façon à la formation du fonds commun, car il n'a rien tiré de son patrimoine pour le mettre dans celui de la société. On s'est adressé à lui pour avoir son nom afin de faire croire au public qu'il donnera à la société un concours actif, et il a donné son nom, sans promettre un concours d'aucune sorte, c'est-à-dire qu'il s'est rendu complice d'une manœuvre destinée à tromper le public. En réalité, il n'a rien apporté dans la société qui se trouve ainsi frappée de nullité, et on ne pourrait pas lui attribuer une part de fondateur.

Le fondateur c'est celui qui, par ses efforts personnels, ses études, ses démarches, etc., a rendu possible la formation de la société. Il est juste de lui attribuer, en rémunération des services réels par lui rendus, une *part de fondateur*. Mais nous verrons plus tard que cette attribution de parts de fondateurs ne suffit pas, d'après l'opinion commune, pour

(1) GUILLOUARD, *loc. cit.*, Comp. DUVERGIER, n° 20; PONT, n°.65; LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*

faire reconnaître à celui qui en profite la qualité d'associé (Voy. *infrà*, n° 73).

22. Le véritable apport, celui qui est fait aux dépens du patrimoine de l'apporteur peut être fait, soit en propriété, soit en jouissance. Il pourrait ainsi consister en un droit d'usufruit dont l'apporteur, serait déjà titulaire. Nous verrons plus loin comment il doit être réalisé.

Si l'apport est consenti au profit d'une société qui n'a pas de personnalité civile, la réalisation de l'apport se traduit par l'établissement d'une communauté, et la transmission ne s'opère au profit des autres associés communistes que pour la part excédant celle qui est attribuée par le pacte social à l'associé apporteur.

Si l'apport est réalisé au profit d'une société jouissant de la personnalité civile, constituant un être de raison distinct de la personne de chacun des associés, c'est l'être de raison qui devient propriétaire comme le deviendrait un acheteur. L'apporteur obtient en échange de son droit ce qu'on appelle un *intérêt* ou *action* (art. 529) avec un droit éventuel au partage de l'actif. Mais comme il n'y a pas eu prix en argent, il n'aura pas droit au privilège de vendeur (1).

Quelles sont donc les sociétés qui jouissent de la personnalité civile? C'est ce qui va faire l'objet du paragraphe suivant :

23. La personnalité civile appartient sans contestation possible aux sociétés commerciales, c'est ce que suppose l'art. 529 (Voy. t. IV, n^{os} 42 et 38) et ce qui résulte de l'art. 69 6°, C. pr. c.

Les associations commerciales en participation ayant un caractère occulte et n'existant pas à l'égard des tiers, ne sauraient, à aucun point de vue, revêtir la personnalité civile (2).

(1) Orléans, 11 mai 1882, *Le Droit* du 13 juill. 1882.
(2) Cass. 19 mars 1838, S. 38, 1, 343.

Pour les sociétés ne se livrant qu'à des opérations civiles et ayant, par conséquent, le caractère de *sociétés civiles*, il y a controverse.

La possibilité d'une controverse sur ce point, il importe de le remarquer, ne peut tenir qu'à quelque défectuosité de réglementation et non pas au fond même du droit.

Théoriquement, en effet, il n'y a aucune raison pour refuser la personnalité juridique aux sociétés civiles quand on l'accorde aux sociétés commerciales.

En pareille matière, comme on l'a fait justement observer, la vérité législative a été formulée dans l'art. 1669 du Code civil espagnol de 1888-89 ainsi conçu : « N'ont pas la personnalité juridique les sociétés dont les clauses demeurent secrètes entre les associés et dans lesquelles chacun d'eux agit avec les tiers en son propre nom (1). »

24. Or, en l'absence d'une disposition semblable dans le Code civil français, il n'est pas possible d'admettre que les sociétés civiles, même quand leurs statuts ne demeurent pas secrets, jouissent d'une personnalité juridique. C'est ce qui résulte, par argument *a contrario*, de l'art. 69 6°, C. pr. c., précité, déclarant que les sociétés de commerce (seules), quand elles existent, doivent être assignées en leur maison sociale. La loi aurait édicté une disposition semblable pour les sociétés civiles si celles-ci étaient des personnes morales. D'un autre côté, il résulte des art. 1862 et 1863 que les associés, obligés en cette qualité, ne sont tenus que pour leur part. Il n'existe pas d'être de raison qui soit tenu pour le tout. Le créancier est donc forcé de s'adresser à tous les associés pour obtenir satisfaction complète, et chaque associé peut le forcer à recevoir sa part dans la dette (2).

Il est vrai que les art. 1850, 1852, 1867, 1845 à 1848, 1855, 1859, semblent personnifier la société civile en employant

(1) Cité par M. GUILLOUARD, n° 23.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 760.

l'expression de *société* pour mettre les associés en rapport avec la société elle-même plutôt qu'avec d'autres associés; mais il serait puéril d'attacher une importance décisive à cette manière de s'exprimer. Il ne saurait même en résulter une simple raison de douter. Différemment, il faudrait aller jusqu'à dire que la question est tranchée par cela seul que la rubrique du chapitre II parle *des différentes espèces de société*. Le mot société est ainsi employé pour la commodité du langage et désigne uniquement les associés envisagés au point de vue de leurs intérêts collectifs par opposition à ces mêmes associés envisagés au point de vue de leurs intérêts individuels, et il faudrait avoir, dans la solution de la question, un singulier parti-pris pour trouver, dans cette locution abrégée, la preuve que le législateur a voulu ériger la société civile en personne juridique.

C'est néanmoins cette considération *fragile* qui sert de base à un arrêt de la Cour de cassation déclarant que toute société civile constitue une personne morale (1), même le bail à colonat partiaire (2).

A cette considération la Cour suprême a ajouté l'affirmation suivante : « Attendu qu'il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer au profit de l'individualité collective des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres. »

Cette affirmation prise à la lettre est exacte; il est en effet manifeste que chaque associé possède deux catégories d'interêts de nature très distincte : d'abord les intérêts qui lui

(1) Cass. 32 fév. 1891, D. 91, 1, 337; Comp. Nimes, 4 juin 1890, D. 91, 2, 163; Conf. DURANTON, t. XVII, nos 334 et 388; PARDESSUS, *Dr. comm.*, t. IV, nos 975-976; DUVERGIER, *Société*, nos 141, 381 et suiv.; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1291, no 6; LABBÉ, S. *Bull. bibl.*, 1891, p. 25.

(2) Cass. 21 oct. 1889, S. 89, 1, 453; Limoges, 30 avr. 1894, S. 95, 2, 45.

sont communs avec ses co-associés, ensuite des intérêts personnels qui lui appartiennent, soit à raison de sa qualité d'associé, soit à tout autre titre. Mais ce n'est pas ainsi que l'entend la Cour de cassation; elle affirme que les intérêts *communs* appartiennent à une individualité abstraite distincte de la personne de chacun des associés. Or, cette individualité abstraite n'est rien autre chose qu'une fiction juridique. Les personnes morales étant de création artificielle n'ont que les droits et obligations pour lesquels la personnalité leur a été reconnue (1). Par conséquent, lorsqu'on affirme qu'il est de l'essence des sociétés civiles, comme des autres sociétés, d'avoir une personnalité juridique, on affirme qu'il est de l'essence d'une certaine catégorie d'intérêts d'être revêtus d'une fiction. Cela ne se comprend pas. Par conséquent, et malgré cette jurisprudence, on peut continuer d'affirmer que, dans l'état actuel de notre législation, les sociétés civiles, sauf une exception, déjà mentionnée (Voy. t. IV, n° 43), relative aux sociétés de mines, ne constituent pas un être de raison distinct de la personne des associés (2).

25. Depuis la loi du 1er août 1893, il faut admettre une autre exception pour les sociétés dont l'objet est civil et qui, cependant, ont revêtu la forme de la société anonyme ou de la commandite par actions (art. 6 modifiant l'art. 68 de la loi du 24 juillet 1867). Avant la loi de 1893, on avait déjà soutenu que les sociétés dont il s'agit devaient être assimilées

(1) SALEILLES, n° 320; Comp. SAUZET, *Rev. crit.*, 1888, p. 319, note 1; p. 338, note 1; MONGIN, *Rev. crit.*, 1891, p. 698.

(2) THIRY, *Rev. crit.*, 1854, p. 412 et suiv.; AUBRY et RAU, § 377, texte et note 16; ALAUZET, *Comm. du C. de comm.*, t. I, n° 136; DEMANGEAT sur BRAVARD-VEYRIÈRES, t. I, p. 174; PONT, *Société*, n° 126; LAURENT, t. XXVI, n° 181; LYON-CAEN et RENAULT, t. I, nos 105 et 140; ARNTZ, t. IV, n° 1326; GULLOUARD, n° 25; BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*; Cass. 21 juill. 1854, S. 54, 1, 489; Douai, 11 juill. 1882, S. 83, 2, 49.

aux sociétés de commerce et jouir, par suite, de la personnalité civile (1). Mais cela était douteux; aujourd'hui, il n'en est plus ainsi, et les sociétés civiles à forme commerciale étant absolument soumises au même régime que les sociétés commerciales proprement dites, sont investies de la personnalité civile.

26. Nous devons maintenant indiquer les principales différences existant entre les sociétés qui sont des personnes morales et celles qui sont dénuées de personnalité, ainsi apparaîtra l'intérêt considérable qu'il y a à les distinguer (Voy. t. I, n° 217).

D'abord, la personnalité civile confère, aux sociétés qui en sont investies, la faculté d'être représentées en justice, activement et passivement, par leur président ou leurs administrateurs.

Au contraire, les sociétés dénuées de personnalité civile ne peuvent être représentées par leurs administrateurs; tous les associés, sans distinction, devront personnellement figurer comme demandeurs ou défendeurs, selon les cas, dans les divers actes de la procédure. Mais nous avons déjà vu que la jurisprudence se montre assez facile pour supposer de la part de ces associés une sorte de mandat donné à leurs administrateurs pour les représenter (*Suprà*, n° 4). Nous aurons à revenir sur ce point quand nous examinerons la véritable signification de la règle que *nul ne plaide par procureur*.

27. Dans les sociétés revêtues de la personnalité civile, l'individualité juridique de la société doit être distinguée de l'individualité de chacun des membres qui la composent. Les créanciers personnels des associés ne sont pas les créanciers de la société, et réciproquement, les créanciers

(1) LYON-CAEN et RENAULT, n° 133; AUBRY et RAU, § 54, texte et note 28; PONT, n° 124; Comp. DEMOLOMBE, t. XIX, n° 415; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 23; Comp. LAURENT, t. XXVI, n°s 221-223.

de la société ne sont pas créanciers personnels des associés Par conséquent, tant que dure la société, les créanciers sociaux peuvent seuls, à l'exclusion des créanciers personsonnels, faire saisir les biens compris dans le fonds social. D'une part, en effet, en traitant avec un administrateur agissant dans la limite de ses pouvoirs, ils ont valablement acquis un droit de gage général sur ces biens, et, d'autre part, l'art. 1860, expliqué plus loin, exclut toute saisie de la part des créanciers personnels.

C'est une situation analogue à celle qui est organisée pour le cas d'indivision entre cohéritiers (1).

Le droit des créanciers sociaux ne consiste pas uniquement dans la prérogative exclusive d'opérer la saisie, mais encore dans la possibilité d'employer à leur profit la totalité du prix de vente. On a cependant soutenu que lorsque l'ordre ou la distribution sont ouverts à la suite d'une saisie pratiquée par un créancier social, les créanciers personnels peuvent exiger que la part revenant à leur débiteur dans l'actif social soit déterminée, afin de pouvoir, sur cette part, venir concourir avec les créanciers sociaux (2). Mais nous verrons que cette solution est fort douteuse.

28. De ce que les créanciers ou débiteurs d'une société ayant la personnalité civile ne sont pas créanciers ou débiteurs des associés individuellement considérés, il suit que la compensation ne sera pas possible quant aux sommes dont ces derniers seront personnellement débiteurs ou créanciers vis-à-vis de la société. La compensation pourra au contraire s'établir dans une certaine mesure, s'il s'agit d'une société dénuée de personnalité civile. C'est un point que nous avons déjà indiqué dans la partie générale des obliga-

(1) MONGIN, *loc. cit.*, p. 702; Comp. AUBRY et RAU § 381 ; § 777, texte et note 12.

(2) Voy. LAURENT, t. XXVI, nos 359-360; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, no 109.

tions (Voy. t. VIII, n° 147), et qui sera complété plus loin.

29. Enfin, le sort des apports n'est pas le même dans les sociétés à personnalité civile que dans les autres (Voy. t. IV, n° 42). Nous avons déjà vu (*Suprà* n° 22), que si l'apport est fait au profit d'une société ayant la personnalité civile, l'associé obtient en échange de son droit sur la chose apportée :

1° Ce que l'art. 529 appelle un *intérêt* ou *action* dont la durée est limitée par la durée de l'être de raison;

2° En même temps un droit au partage futur du fonds social.

Ces deux éléments, quoique résultant du même titre, ne sont pas coexistants, mais successifs. Le titre donne à l'associé apporteur d'abord le droit de participer aux bénéfices jusqu'à la dissolution de la société. Il lui donne ensuite, à partir de cette dissolution, ou plutôt de la liquidation qui en sera la conséquence, le droit de sortir par un partage de l'indivision résultant de la liquidation finale.

Il y aura donc, après la dissolution de la société, une période plus ou moins longue consacrée à la liquidation.

Durant cette période, la personnalité de la société dissoute se survit, en quelque sorte, pour les besoins de la liquidation (1), et pour toute la durée de la liquidation (2). Par conséquent, durant la liquidation, les actions seront soutenues et intentées au nom de la société (3).

Cette persistance de la société pour les nécessités de sa liquidation n'empêchera pas les associés de disposer individuellement, en attendant la fin de la liquidation, de leurs droits dans l'actif commun, par exemple, pour en faire apport à une autre société en formation (4).

(1) Cass. 20 oct. 1885, D. 86, 1, 129.
(2) Cass. 11 mars 1884, D. 84, 1, 199.
(3) Cass. 16 août 1880, D. 82, 1, 80.
(4) Cass. 22 fév. 1892, D. 94, 1, 147.

On devra appliquer le même aperçu, au cas où un époux marié sous le régime de la communauté devient associé dans une société en nom collectif, plus tard dissoute quand la communauté dure encore. Si le décès de l'un des époux a amené la dissolution de la communauté dans l'intervalle qui se place entre la dissolution de la société et le partage de l'actif social, la communauté s'est trouvée saisie dans la société de la part indivise, de l'époux associé, et, nonobstant la règle d'après laquelle une société dissoute est réputée existante jusqu'à sa liquidation, cette part indivise, dans les rapports des époux entre eux, doit être considérée non comme un droit purement mobilier, mais comme une propriété dont l'objet, encore indéterminé au moment de la dissolution de la société, sera déterminé par le partage ou la licitation devant avoir lieu ultérieurement et qui produiront un effet rétroactif au jour de la dissolution (1).

On voit donc que, dans le partage qui suit la dissolution d'une société, chaque associé recevra sa part à titre de co-propriétaire). Ce partage aura un effet rétroactif remontant à la dissolution de la société, et non à une époque antérieure. Cela prouve que le droit réel du co-partageant n'existait pas à cette époque antérieure, et que, par suite, il n'y a pas à en tenir compte.

A l'époque antérieure, en effet, il n'y avait pas d'indivision. L'actif social appartenait en entier à l'être de raison. Chaque associé n'avait qu'un droit ou intérêt simplement mobilier. Pourquoi mobilier? Treilhard en donna la raison : « Les actions sont meubles, dit-il, parce que les bénéfices qu'elles procurent sont mobiliers; la règle est juste, même lorsque la société a dû acquérir quelques immeubles pour l'exploitation de l'entreprise. Cette entreprise *est toujours* le principal objet de l'association, dont l'immeuble n'est que

(1) Cass. 12 fév. 1890, S. 91, 1, 230.

l'accessoire, et la qualité d'une chose ne peut être déterminée que par la considération de son objet principal (1). »

30. Quand la société est dissoute, l'intérêt ou action (droit mobilier) disparaît par la force des choses, puisque l'être contre qui il pouvait être invoqué n'existe plus. Il reste à liquider une masse commune et indivise entre tous les associés qui, désormais, agiront comme co-propriétaires. Cela ne veut pas dire que le droit des associés a changé de nature et qu'une simple créance s'est transformée, *ipso jure*, en droit de propriété. Il n'y a pas eu transformation du droit individuel de chaque associé, mais succession de tous les associés à la fois à l'être de raison qui a disparu, une sorte de confusion. C'est cette succession collective qui engendre l'indivision.

Ce qui caractérise le système du Code, c'est que, dans tous les cas, lorsqu'il s'agit d'une société à personnalité civile, les parties sont considérées comme ayant principalement envisagé un partage de bénéfices. Ce point de vue dispense de rechercher spécialement quelle a été leur intention. On a cependant proposé une solution différente qui, sans tenir compte de la présomption de l'art. 529, consisterait à rechercher dans tous les cas, même pour les sociétés ayant la personnalité civile, quelle a été la véritable intention des parties. L'intérêt ou l'action aurait un caractère mobilier ou immobilier, suivant que les parties auraient eu principalement en vue un partage de bénéfices mobiliers ou une acquisition d'immeubles (2). Mais c'est aller directement contre le but de la loi.

31. Il importe enfin de faire remarquer que les sociétés revêtues de la personnalité civile n'existent que pour répondre au but mutuellement intéressé du contrat à titre onéreux qui leur a donné naissance. Elles ne sont donc pas

(1) LOCRÉ, t. VIII, p. 56.
(2) MONGIN, *loc. cit.*, p. 712, § 3.

capables de recevoir des tiers des libéralités. Tout acte de donation doit, en effet, porter les noms des vrais donataires, des personnes que le donateur enrichit. Une donation adressée à une société douée d'une personnalité fictive profiterait à des personnes individuelles non désignées, qui se trouveraient ainsi soustraites à l'application des règles sur le rapport, sur les incapacités de donner et de recevoir, etc. (1).

N° 3. — Formes et preuve du contrat de société.

32. — Application du droit commun quant à la preuve du contrat de société, art. 1834.
33. — Quand un écrit est-il nécessaire, et quand la preuve testimoniale est-elle admissible?
34. — La règle de l'art. 1834 ne concerne pas les tiers.
35. — Elle est d'ailleurs générale et ne reçoit d'exception que pour les sociétés de commerce en participation.
36. — Régles spéciales aux sociétés de commerce ayant la personnalité civile.
37. — Ces règles sont applicables aux sociétés civiles à forme commerciale.
38. — Les sociétés civiles constituées dans la forme commerciale sont commercialisées depuis la loi du 1er août 1893.
39. — Possibilité de transformer les sociétés civiles antérieurement créées.
40. — Jusqu'à quelle époque cette transformation peut avoir lieu.
41. — Formes à observer.
42. — Sanction.

32. Le contrat de société n'est soumis, pour sa validité, à aucune forme particulière, sauf à faire certaines précisions en ce qui concerne les sociétés commerciales.

La société se conclut donc par le seul consentement, peu importe que le consentement soit donné verbalement ou constaté par écrit. Nous rappellerons seulement que, si un écrit sous seing privé est rédigé, il faudra autant d'exem-

(1) LABBÉ, *Rev. crit.*, 1882, *Exam. doctr.*, p. 345; Voy. cep. Trib. civ. Seine, 30 mars 1881, S. 81, 2, 271.

plaires qu'il y a d'associés (Voy. t. VIII, n° 239). La société pourrait encore s'établir tacitement, lorsque, par exemple, plusieurs personnes achètent ou louent ensemble une chose dans le but de la faire servir à un intérêt commun et de partager les bénéfices résultant de cet emploi. Il y aura dans ce cas une société particulière.

On reconnaissait même, dans certaines coutumes, des sociétés universelles tacites ou *taisibles*, qui se formaient par le fait seul d'une vie commune continuée pendant l'an et jour, avec communication des gains et des pertes.

Mais le législateur n'a pas voulu que l'existence de telles associations, ou d'associations analogues, pût résulter du seul fait d'une cohabitation ou vie commune. Il a été, en conséquence, décidé que :

ART. 1834. Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. — La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et (1) depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs (*).

C'est purement et simplement un rappel du droit commun. L'écrit n'est exigé que pour la preuve et non pour la validité du contrat.

La convention et l'écrit ou les écrits qui la constatent peuvent d'ailleurs intervenir et se compléter à des époques différentes, d'une manière successive.

Ainsi une première convention peut établir une société d'abord entre cinq personnes; plus tard, une convention nouvelle peut faire entrer, dans la même société, un ou plusieurs associés nouveaux.

(*) Art. 1834. — L. 4, D. 17, 2, *Pro socio*.

(1) Il faut lire *ou* à la place de *et*, conformément au texte publié dans le *Bulletin des lois*, 3e série, n° 3651, et à l'édition officielle de 1804 et de 1807. L'édition officielle de 1816 que nous suivons donne le texte tel que nous l'avons transcrit, par suite probablement d'une erreur typographique.

Entre temps, la société fonctionne et traite avec des tiers; elle achète, par exemple, le droit d'exploiter les *marques* appartenant à un autre. Il se peut que le traité intervenu à ce sujet laisse douteux le point de savoir si les effets du traité sont limités aux associés dont les noms figuraient dans l'acte de société originaire ou s'ils devront être étendus aux nouveaux associés qui entreront plus tard dans la société. Il y aura là une difficulté qui sera tranchée par l'appréciation souveraine des juges du fait (1).

Il pourra même arriver que de nouveaux associés, en fait, viennent faire partie de la société sans qu'un écrit ait été rédigé.

Dans tous les cas, le contrat originaire ou le contrat complémentaire sera valable, quoique fait sans écrit, s'il n'est pas contesté. Mais si son existence est contestée, la preuve n'en pourra être faite que selon les règles ordinaires en matière de contrats, en ce qui touche non seulement la preuve littérale, mais encore le commencement de preuve par écrit, l'aveu, le serment, l'interrogation sur faits et articles, etc.

33. Par conséquent l'existence d'une société ne pourra, en principe, être prouvée par témoins que si son objet ne dépasse pas 150 fr.

Par objet de la société il faut entendre la somme totale des mises apportées et non le montant de la demande judiciaire. Si l'apport de tous ou de quelques-uns consiste en industrie, il faudra l'évaluer et examiner si l'ensemble des apports excède 150 fr. ou non (2).

Il faut donc se placer au moment de la formation du contrat pour apprécier la valeur des apports, et savoir en conséquence si les parties sont alors tenues de rédiger l'écrit dont parle l'art. 1834. Il ne saurait être question d'attendre,

(1) Cass. 26 juill. 1894, D. 95, 1, 141.
(2) LAURENT, t. XXVI, n° 174; ARNTZ, t. IV, n° 1268.

pour le savoir, les résultats donnés par la société, car le législateur a dû tracer une règle aux associés, leur indiquer dans quels cas ils doivent rédiger par écrit la convention de société, dans quels cas ils peuvent en prouver l'existence par témoins (1).

L'art. 1341 dont l'art. 1834 n'est que le reflet exige en effet principalement la rédaction d'un acte écrit (2), et la prohibition de la preuve testimoniale n'apparaît que comme sanction de l'injonction relative à l'écrit (Voy. t. VIII, n° 279). Par conséquent le contrat par lequel deux personnes ont acquis en société des billets de loterie ou des *obligations* moyennant des mises d'une valeur totale inférieure à 150 fr., pourra être prouvé par témoins alors même que le litige porterait sur le partage d'un gain ou d'une prime excédant 150 fr. (3) (Voy. t. VIII, n° 281).

Si l'objet de la société, tel qu'il vient d'être défini, dépasse 150 fr., un écrit sera nécessaire, et si cet écrit est sous seing privé, il devra satisfaire aux exigences de l'art. 1325, c'est-à-dire qu'il devra être rédigé en autant d'originaux qu'il y a d'associés, et que chaque original devra contenir la mention de l'accomplissement de cette formalité (4).

On a prétendu que les partisans de cette solution se contredisaient eux-mêmes en reconnaissant que l'aveu contenu dans un acte écrit, même non fait double, établissait régulièrement l'existence de la société (5). L'objection est singulière et méconnaît complètement le caractère spécial de l'aveu qui suppose toujours une contestation née et actuelle (Voy. t. VIII, n° 346). Mais il s'agit d'une mention n'ayant pas ce caractère et figurant, par exemple, dans une corres-

(1) GUILLOUARD, n° 88.
(2) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 84.
(3) Cass. 5 janv. 1875, D. 77, 1, 39.
(4) PONT, n° 135; LAURENT, t. XXVI, n° 173; ARNTZ, t. IV, n° 1267; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 762.
(5) GUILLOUARD, n° 83.

pondance ordinaire. Un tel document qui n'est pas un aveu, ne pourra jamais être considéré comme contenant une preuve complète de la société; mais il pourra peut-être constituer un commencement de preuve par écrit.

Or, même au-dessus de 150 fr. l'existence de la société pourra être prouvée par témoins, s'il y a eu commencement de preuve par écrit, car la prohibition de la preuve testimoniale a pour cause unique la quotité de l'intérêt en litige, et non le désir d'éviter les procès (Comp. t. X, n° 279). Mais comme il en est autrement en matière de colonage partiaire, la preuve du contrat ne pourra pas se faire par témoins, même avec un commencement de preuve par écrit (Voy. t. X, n° 359), quoique la jurisprudence considère le bail à colonage comme établissant entre les parties une société civile (1).

La preuve testimoniale sera encore admise si l'acte de société a été perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (art. 1348). De même les règles ordinaires sur l'aveu et le serment devront être suivies.

34. Lorsque l'art. 1341 dit qu'il doit être *passé acte....*, et lorsque l'art. 1834 appliquant l'injonction aux sociétés, déclare que *toutes sociétés doivent être rédigées par écrit....*, ces textes s'adressent aux parties et non aux tiers qui ne pourraient exécuter cette formalité. Par conséquent si les tiers qui ont traité avec une société, se trouvent dans la nécessité d'établir qu'ils ont réellement traité avec une société, on ne peut leur opposer les prohibitions relatives à l'emploi de la preuve testimoniale (2). On objecte qu'il était loisible aux tiers d'exiger la représentation de l'acte consti-

(1) Cass. 21 oct. 1889, S. 89, 1, 453; Limoges, 30 avr. 1894, S. 95, 2, 45.

(2) Cass. 21 mai 1878, S. 79, 1, 175; DUVERGIER, n°s 76, 78; AUBRY et RAU, § 378, texte et note 3; PONT, n° 158; GUILLOUARD, n° 87.

tutif de la société, et que, par suite, ils ne peuvent prétendre qu'ils ont été dans l'impossibilité prévue par l'art. 1348, de se procurer une preuve littérale de l'existence de la société (1). Mais il n'est pas question d'appliquer l'art. 1348, puisque ce texte n'étant fait que pour déroger aux art. 1341 et 1834 qui ne concernent pas les tiers, ne peut pas davantage concerner les tiers. Ces derniers d'ailleurs doivent seulement veiller à ce que la convention qu'ils font avec les représentants de la société soit régulière en la forme et puisse être valablement prouvée. Remarquons enfin que toutes ces difficultés ne se présentent pas pour les sociétés civiles par actions, puisqu'il n'y a pas de société par actions qui puisse se constituer sans un écrit.

35. La règle formulée par l'art. 1834 est générale, et ne reçoit d'exception que pour les sociétés de commerce en participation, la preuve par témoins étant indéfiniment admise en matière commerciale (2). Elle doit donc régir les *sociétés fromagères* qui existent depuis si longtemps dans certains départements de l'Est (3). Le texte formel de l'article 1834 est exclusif de toute controverse sur ce point, et il est inouï que des arrêts aient arbitrairement décidé le contraire. En 1865 on a introduit dans le projet du Code rural une disposition ainsi conçue : « Les associations fromagères ou fruitières établies dans les départements de l'Est pour la fabrication des fromages dits de Gruyère, sont des sociétés civiles *et d'une nature spéciale* (!). Elles se constituent avec ou sans écrit, sont représentées vis-à-vis des tiers et en justice par leurs gérants, et peuvent être prouvées par témoins (4). » Ce qui est singulier c'est qu'on paraisse ne vouloir réformer la loi sur la preuve testimoniale qu'en fa-

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 178.
(2) Voy. LAURENT, t. XXVI, n° 175.
(3) Voy. GUILLOUARD, n° 85.
(4) Voy. D. 1867, 2, 33, note.

veur des fabricants de fromage de Gruyère (Voy. t. VIII, nº 279)!

36. Les sociétés commerciales qui forment des personnes morales sont soumises, au point de vue de la forme, à des règles particulières :

D'après l'art. 39, C. com., « les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'art. 1325 du Code civil. »

Il en est de même des sociétés anonymes depuis la loi du 24 juillet 1867 (art. 21 et 47).

L'art. 41 du Code de commerce rappelle surabondamment la règle aux termes de laquelle : « Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le coutenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de 150 francs. » La Cour de cassation décide que cet article ne s'étend pas à la preuve par écrit. S'il existe un commencement de preuve par écrit, les présomptions peuvent être admises pour établir, entre associés, telles modifications que ce soit au pacte social, et même pour y suppléer (1).

Le Code de commerce exige, en outre, que toute société soit portée à la connaissance du public. La loi de 1867, qui consacre ce même principe, a néanmoins abrogé les dispositions de détail du Code de commerce et organisé un système visant en même temps : la publicité originaire des sociétés, la publicité des modifications intéressant les tiers qui peuvent être apportées aux statuts durant la société et la publicité permanente des sociétés par actions.

37. Or les sociétés civiles de quelque importance prennent presque toujours la forme commerciale. Ce procédé est

(1) Cass. 4 nov. 1885, S. 88, 1, 365.

licite (1). Bien souvent elles divisent leur capital en actions. Dans ce dernier cas, elles sont en réalité commercialisées, jusqu'à un certain point, par la loi du 1er août 1893. Les sociétés civiles, qui demeurent purement civiles, deviennent donc de plus en plus rares quant au nombre et de plus en plus insignifiantes quant à leur importance intrinsèque. Il est donc impossible d'étudier sérieusement le fonctionnement des sociétés civiles, tel qu'on peut l'observer dans la pratique, si l'on ne tient pas compte du caractère nouveau que lui ont imprimé les derniers documents législatifs.

Ce caractère était déjà indiqué par le Code de commerce : « Le contrat de société, dit en effet l'art. 18, C. com., se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties. » Il est donc très important, pour les sociétés commerciales comme pour les sociétés civiles, de bien dégager les principes posés dans le titre *du Contrat de société*, au Code civil (2). Mais il n'est pas moins important, pour bien connaître les sociétés civiles de la période moderne, de dégager nettement de la loi consulaire les règles qui leur sont applicables.

Nous devons donc insister sur ce que les formalités de publicité auxquelles nous avons fait allusion et qui sont énumérées dans les art. 55 et suiv. de la loi du 24 juillet 1867, doivent être étendues aux sociétés civiles à forme commerciale (3). Ainsi, quand même les opérations de ces sociétés conserveraient, comme on l'a soutenu, leur caractère civil, en ce sens que les contestations relatives seraient de la compétence des tribunaux civils (4), le dépôt de l'acte consti-

(1) Toulouse, 23 mars 1887, D. 87, 2, 233.
(2) GUILLOUARD, n° 2.
(3) LYON-CAEN et RENAULT, n° 537.
(4) LYON-CAEN, *Ann. de législ. franç.*, 1894, sur l'art. 68 de la loi du 1er août 1893, p. 220, note 4-5; *Contrà*, Ant. FAURE, *La nouv. loi sur les soc. par act.*, p. 142, note 2.

tutif devra être fait au greffe du tribunal de commerce, car c'est au tribunal de commerce que sont centralisés tous les dépôts des actes de sociétés, et c'est là même que la société civile à forme commerciale devra opérer le dépôt de ses statuts (1).

Il y a eu plus de difficultés sur le point de savoir si les anciennes sociétés civiles par actions étaient soumises à l'observation des formalités de la loi du 24 juillet 1867. Il résulte des travaux préparatoires de cette loi que quelques députés avaient proposé un article additionnel tendant à appliquer les dispositions de la loi aux sociétés charbonnières ou autres constituées sous la forme des sociétés par actions. Cet article, repoussé par la commission, fut définitivement écarté par le Corps législatif sur la promesse du gouvernement qu'un projet de loi sur les sociétés civiles par actions serait bientôt présenté. On a cru pouvoir conclure de ces faits que la loi de 1867 n'avait aucune application aux sociétés civiles par actions, et même que ces sociétés ne peuvent diviser leur capital en actions (2). Mais le contraire a été aussi jugé (3).

En 1889, le Congrès des sociétés par actions se prononça pour la commercialisation de toutes les sociétés qui prendraient la forme par actions (4).

Cette solution a été adoptée par la loi du 1er août 1893, qui a ainsi complété l'art. 68 de la loi de 1867 :

« Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes, constituées dans la forme du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

Cette disposition vise toutes les sociétés, même civiles de

(1) R. Rousseau, *loc. cit.*, n° 72.

(2) Labbé, dans S. 84, 1, 363; Cass. 7 avr. 1886, D. 86, 1, 420; sur renvoi, Orléans, 28 juill. 1887, *Gaz. Pal.* du 6 oct. 1887.

(3) Voy. *Bull. C. d'Aix*, 87, 1, 74; Toulouse, 23 mars 1887, *Rev. des soc.*, p. 315.

(4) Voy. *Compte rendu des séances du Congrès*, Paris, 1889.

leur nature, qui adoptent la forme de l'anonymat ou de la commandite, ainsi que les sociétés à capital variable, qui adoptent la forme prévue par l'art. 68 précité.

Par conséquent, resteront civiles les sociétés civiles qui auront adopté la forme de la société en nom collectif; les sociétés constituées à capital variable, sous la forme anonyme ou en commandite; les sociétés civiles créées sous ces dernières formes antérieurement à la loi de 1893 et qui n'useront pas du droit de conversion que leur réserve l'art. 7. Il est certain, en effet, que l'intention du législateur a été de ne pas faire rétroagir la loi à l'égard des sociétés déjà existantes; c'est pour cela que le mot « seront » a été substitué au texte adopté par la Chambre, et qui portait : « L'art. 68 s'applique aux sociétés déjà existantes. » Les sociétés civiles existantes ou qui se créeront par la suite en divisant leur capital en actions sans revêtir les formes de l'anonymat ou de la commandite ne seront pas comprises parmi les sociétés commerciales, car elles n'auront pas employé les formes du Code de commerce (1).

39. L'art. 7 de la loi de 1893, auquel il a été fait allusion ci-dessus, contient la disposition transitoire suivante :

« Les sociétés civiles actuellement constituées sous d'autres formes pourront, si leurs statuts ne s'y opposent pas, se transformer en sociétés en commandite ou en sociétés anonymes, par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée et réunissant les conditions tant de l'acte social que de l'art. 31 ci-dessus. »

L'art. 31 est relatif à la composition des assemblées générales qui ont à délibérer sur les propositions de dissolution de la société ou de transformation en cours de la vie sociale. L'unanimité des associés n'est donc pas exigée. Mais si l'assemblée générale, en votant la transformation dont il s'agit,

(1) Voy. LYON-CAEN et RENAULT, *Appendice*, n° 64; R. ROUSSEAU, *Manuel des sociétés par actions*, n° 81.

voulait modifier les bases essentielles de la société, en la soumettant, par exemple, à une loi étrangère, il faudrait l'unanimité des actionnaires (1).

La disposition transitoire de l'art. 7 a été principalement édictée en vue de certaines sociétés civiles, spécialement de certaines sociétés houillères du Nord et du Pas-de-Calais, qui sont constituées sous des formes diverses qu'aucune loi n'a prévues ni réglementées.

40. On s'est demandé si une assemblée générale peut, à toute époque, voter la transformation d'une société civile en société commerciale, n'importe dans quel but, et notamment pour obtenir, vu sa situation embarrassée, le bénéfice de la liquidation judiciaire?

Il semble logique de décider que cette transformation ne peut avoir d'effet que pour l'avenir et non pour le passé, et que, par suite, elle n'est pas opposable aux créanciers antérieurs à la délibération qui l'a opérée, lesquels ont traité avec la société sur la foi de sa forme d'origine. La Cour de Paris a cependant jugé qu'une société civile qui s'est transformée en société commerciale peut être admise au bénéfice de la liquidation judiciaire (2). Mais on peut objecter que si la transformation votée est valable, ce n'est pas une raison suffisante, dans le cas proposé, pour admettre la société au bénéfice de la liquidation judiciaire, car il n'y a pas de passif commercial, un tel passif ne pouvant naître que du jour où la société s'est commercialisée (3).

41. Il faut observer qu'aux termes de l'art. 61 de la loi de 1867, tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, etc., sont soumis aux formalités prescrites par les art. 55 et 56. Or, la transformation d'une

(1) Cass. 26 nov. 1849, D. 1895, 1, 57.
(2) Paris, 10 juill. 1894, D. 1895, 2, 105.
(3) THALLER, *Ann. de Dr. comm.*, 1894, p. 81; Comp. ARTHUYS, *Exam. doctr.*, 1897, p. 285.

société rentre évidemment dans les modifications dont parle le texte, quand la société civile avait déjà revêtu la forme collective. Dans les autres cas où la société n'avait pas déjà emprunté une forme commerciale, sa transformation équivaut à la constitution d'une société commerciale, et les formalités prescrites par les art. 55 et suiv. doivent être observées.

Ces formalités peuvent être résumées de la manière suivante :

Dans le mois de la constitution de la société et non de la date du jour où la société doit commencer ses opérations (1), un double de l'acte de société, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il est authentique, doit être déposé au greffe du tribunal de commerce et à celui de la justice de paix du siège de la société. Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, le dépôt et la publication dont il va être parlé, ont lieu dans chacun des arrondissements où existent les maisons de commerce. Dans les villes divisées en plusieurs arrondissements (cantons), le dépôt sera fait au greffe de la justice de paix du principal arrondissement.

Dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte de société contenant les indications prescrites par les art. 56, 57 et 58, doit être publié dans l'un des journaux d'annonces légales.

Si la société était formée sous condition suspensive, il serait prudent, pour éviter toute difficulté, de publier, dans le mois de leur date : 1° l'acte de société; 2° l'acte constatant la réalisation de la condition suspensive et la formation définitive de la société (2). Ces conditions de publicité sont

(1) Cass. 1er fév. 1881, S. 83, 1, 415; Lyon, 5 avr. 1881, D. 82, 2, 32.

(2) Comp. Rennes, 3 août 1894, *J. des soc.*, 1895, 395; Cass. (motifs) 4 août 1847, S. 47, 1, 649; PONT, n° 1174; VAVASSEUR, n° 1023; R. ROUSSEAU, n° 1105.

quelque peu simplifiées dans l'intérêt des sociétés de crédit agricole par l'art. 5 de la loi du 5 novembre 1894.

42. Les formalités prescrites par les art. 55 et 56 de la loi de 1867 doivent être observées à peine de nullité à l'égard des intéressés, mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.

Ainsi, une société ne saurait exciper de l'irrégularité de sa constitution pour absence de publications et par suite de son défaut de personnalité civile, à l'effet de tenir en échec les droits des tiers, lorsqu'elle a fonctionné sous une forme commerciale, et s'est ainsi présentée elle-même comme une personne morale distincte des membres qui la composaient; elle pourra, en conséquence, être valablement assignée en la personne de ses administrateurs (1). En effet, une société annulée pour défaut de publication ne doit pas moins être considérée, en ce qui concerne les opérations auxquelles elle a donné lieu dans le passé, comme ayant eu une existence de fait impliquant la nécessité de régler et de liquider les rapports qu'elle a créés entre certaines personnes. A cet égard, la société annulée est réputée simplement dissoute (2).

La nullité résultant de l'inobservation des règles de publicité peut être invoquée par les associés les uns contre les autres (3), et ne peut être couverte par aucune ratification expresse ou tacite (4). Un associé ne pourrait donc être passible de dommages-intérêts pour avoir fait prononcer la nullité qu'il avait le droit de demander, ni pour avoir refusé ou tardé de remplir les obligations que lui imposait l'acte nul (5).

(1) Trib. civ. Seine, 15 avr. 1897, *Gaz. Pal.*, 21-22 avr. 1897.
(2) Voy. Cass. 3 avr. 1895, *Gaz. Pal.*, 95, 1, 550; Cass. 15 janvier 1889, S. 91, 1, 196; VAVASSEUR, n° 253; LYON-CAEN, t. II, n° 236.
(3) Cass. 5 janv. 1886, S. 86, 1, 241.
(4) Cass. 1er fév. 1881, D. 82, 1, 21; Bordeaux, 4 mars 1885, *Rev. des soc.*, 85, 545.
(5) Cass. 21 juill. 1885, *Rev. des soc.*, 85, 595.

Les art. 63 et 64 de la loi de 1867 organisent en outre une publicité permanente imposée aux sociétés par actions.

Cette publicité spéciale consiste : 1° Dans l'affichage au siège social des pièces déposées au greffe; 2° Dans le droit pour toute personne de se faire délivrer copie de ces pièces; 3° Dans l'obligation imposée aux sociétés par actions, d'indiquer la nature de la société et le montant du capital social dans leurs documents imprimés.

Quand il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées au greffe de la justice de paix ou du tribunal de commerce, et même de s'en faire délivrer expédition à ses frais par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute. Toute personne peut également exiger qu'il lui soit délivré au siège de la société une copie certifiée des statuts, moyennant paiement d'une somme qui ne peut excéder 1 franc.

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

43. — La loi reconnaît des sociétés universelles et des sociétés particulières, art. 1835.

43. Les rédacteurs du Code civil ont cru nécessaire d'écrire une disposition spéciale pour nous apprendre que

ART. 1835. Les sociétés sont universelles ou particulières (*).

Nous n'avons rien à ajouter à cette déclaration didactique.

SECTION Ire.

Des sociétés universelles.

44. — Textes concernant les sociétés universelles, art. 1836 à 1840.

44. La loi donne ensuite quelques règles théoriques sur les sociétés universelles. Mais comme en dehors de la communauté légale entre époux, dont nous avons déjà parlé, on ne rencontre jamais, à notre époque, des cas de société universelle, nous nous bornerons à reproduire le texte du Code. Ce serait, en effet, mal employer le temps et l'espace que de s'occuper théoriquement d'une combinaison ne correspondant à aucune réalité pratique.

ART. 1836. On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présents, et la société universelle de gains.

ART. 1837. La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer. — Elles peuvent aussi y compren-

(*) Art. 1835. — L. 5 pr., D. 17, 2, *Pro socio*.

dre toute autre espèce de gains; mais les biens qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard (*).

ART. 1838. La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société : les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat, y sont aussi compris; mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement (**).

ART. 1839. La simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains.

ART. 1840. Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes (***).

SECTION II.

De la société particulière.

45. — Description des sociétés particulières, art. 1841, 1842, soit civiles, soit commerciales.
46. — Comment se détermine le caractère civil ou commercial d'une société. Il faut en principe, sauf application de la loi du 1er août 1893, considérer la nature des opérations de la société, et non la forme, spécialement pour la commandite par intérêts.
47. — Des diverses espèces de société à forme commerciale.
48. — Distinction entre l'*intérêt* et l'*action;* position de la question. Confusion faite par les auteurs et la jurisprudence.
49. — Le principe de solution se trouve dans la règle que les droits mélangés d'obligation ne peuvent être cédés en bloc.
50. — Application de la règle aux diverses espèces de société.
51. — Suite.
52. — Suite.
53. — Application aux sociétés civiles.

45. L'unique intérêt scientifique des dispositions consacrées par la loi aux sociétés universelles consiste à rendre plus compréhensibles, *a contrario*, la notion des sociétés

(*) Art. 1837. — L. 3, § 1, L. 10, 11, 71, § 1, D. 17, 2, *Pro socio.*
(**) Art. 1838. — L. 7, D. 17, 2, *Pro socio.*
(***) Art. 1840. — L. 5, § 2, D. 17, 2, *Pro socio.*

particulières. On pourrait fort bien désigner ces dernières par une formule négative en disant : *toute société qui n'est pas universelle est une société particulière* (1).

Le Code en donne plutôt la description que la définition :

ART. 1841. La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir (*).

ART. 1842. Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est aussi une société particulière (**).

Cette description convient, il faut le remarquer, aussi bien aux sociétés commerciales qu'aux sociétés civiles.

Il y a donc deux classes de sociétés particulières :

1° Les sociétés ayant le caractère de sociétés civiles;

2° Les sociétés ayant un caractère commercial.

46. Scientifiquement le caractère civil ou commercial d'une société se détermine par la nature des opérations de la société, et non par la forme qu'elle a pu revêtir d'après ses statuts, ni par la qualité des associés. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur ce point (2).

Mais l'importance pratique de cet aperçu a été singulièrement diminuée, depuis que l'art. 68 de la loi de 1867, complété par la loi du 1er août 1893, a admis, comme nous l'avons déjà montré, que des sociétés dont l'objet est civil peuvent revêtir la forme de la société anonyme et de la commandite par actions. Ces sociétés se trouvent alors soumises aux dispositions de la loi de 1867 complétées ou modifiées par celle de 1893.

Le nouvel article 68 innove encore en reconnaissant à ces

(*) Art. 1841. — L. 5 pr., D. 17, 2, *Pro socio.*
(**) Art. 1842. — L. 71, D. 17, 2, *Pro socio.*
(1) Voy. ACCOLAS, t. III, p. 448.
(2) Cass. 12 déc. 1887, D. 88, 1, 429; Cass. 28 janv. 1884, D. 84, 1, 145; Paris, 8 mars 1889, D. 90, 2, 283; PONT, n° 118; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 92; GUILLOUARD, n° 91; Bruxelles, 2 avr. 1890, S. 91, 4, 38.

sociétés, à raison de leur forme, le caractère commercial, quoique leur objet soit civil. Par conséquent ces sociétés seront obligées de tenir des livres; et pourront être déclarées en faillite. Les contestations entre les associés membres de ces sociétés seront de la compétence du tribunal de commerce.

On a cependant soutenu que les opérations faites par ces sociétés conservent leur caractère civil de telle sorte que les contestations s'élevant à leur occasion seront de la compétence des tribunaux civils. En outre ces mêmes opérations ne pourraient être prouvées que conformément aux règles du droit civil. Une solution contraire serait, dit-on, déraisonnable et n'aurait aucun lien avec le but poursuivi par le législateur de 1893 (1), mais cela est est fort douteux.

La règle ancienne, d'après laquelle c'est la nature de l'objet de la société et non la forme de celle-ci qui permet de décider si elle est civile ou commerciale, continuera de s'appliquer aux sociétés en nom collectif.

Cette règle doit s'appliquer aussi aux sociétés en commandite par intérêts, car la loi de 1867, complétée et modifiée par celle de 1893 ne concerne que les sociétés par actions.

47. C'est le cas maintenant d'expliquer le mécanisme des sociétés constituées par *intérêts* et des sociétés constituées par *actions*.

Quand il s'agit de mesurer l'étendue de la responsabilité des associés, il faut diviser les sociétés particulières en trois groupes distincts :

1° Les sociétés *en nom collectif*. La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont tenus indéfiniment des dettes. Dans les sociétés civiles, les associés ne

(1) LYON-CAEN, note sous l'art. 68 de la loi du 1er août 1893, *Annuaire de législ. franç.*, 1894, p. 220-221; Voy. cep. Ant. FAURE, *La nouvelle loi sur les soc. par act.*, p. XXIII, 139; Comp. ARTHUYS, *Exam. doctr.*, 1897, p. 280.

sont pas tenus solidairement des dettes (art. 1862). Mais s'ils ont adopté la forme de la société en nom collectif, telle qu'elle est réglée par le Code de commerce, ils ont annoncé aux tiers qu'ils s'obligeaient solidairement vis-à-vis d'eux, et le caractère civil ou commercial de la société ne peut modifier l'étendue de leur obligation (1). La société en nom collectif est une association de personnes.

2° Les sociétés *anonymes*. La société anonyme est celle dans laquelle tous les associés ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leurs mises; c'est une société de capitaux.

3° Les sociétés en *commandite*. Dans la commandite, les deux caractères qui constituent séparément chacune des sociétés précédentes, se combinent; il y a deux catégories d'associés, les uns dont la responsabilité est limitée à leur mise, les autres qui engagent toute leur fortune.

Nous rappelons que les sociétés civiles peuvent revêtir la forme de la société anonyme et de la commandite par actions. Les notions qui précèdent résultent du texte même de la loi (art. 20 à 33, C. com.), et tout le monde est d'accord à cet égard.

48. Il n'en est plus de même quand il s'agit de savoir ce qu'il faut entendre, au juste, par les expressions *intérêt* et *action*. Nous avons déjà essayé d'indiquer sommairement la véritable signification qui leur convient (Voy. t. IV, n° 42). Nous devons maintenant compléter et justifier nos explications.

Pour dégager la question de toute difficulté étrangère au point unique qu'il s'agit d'élucider, nous supposerons que l'associé a complètement réalisé l'apport qu'il avait promis, et que, de ce chef, il ne doit absolument rien et, par conséquent, ne peut être recherché.

Si, dans ces conditions, l'associé, d'après l'économie des

(1) Aix, 4 juin 1868, D. 69, 2, 242; PONT, n° 655; LAURENT, t. XXVI, n° 350; GUILLOUARD, n° 270; Comp. ARNTZ, t. IV, n° 1280 *bis*.

statuts, ne demeure éventuellement soumis à aucun principe d'obligation à l'égard des tiers pouvant engager sa responsabilité au-delà de son apport, la part qui lui appartient dans le capital social est une *action* dont il peut librement disposer.

Si, au contraire, l'associé, malgré la réalisation de son apport, demeure encore soumis d'après les statuts à un principe d'obligation à l'égard du tiers, la part qui lui appartient dans le capital social est mélangée d'obligation, de sorte qu'il ne peut en disposer pour se soustraire à son obligation : c'est *un intérêt.*

La libre disponibilité ou cessibilité de la part d'associé est donc une conséquence, un effet, de la nature juridique de cette part considérée en soi.

Les auteurs n'ont pas envisagé la difficulté dans ce point de vue et, par une singulière interversion de l'ordre logique des idées, ils ont cherché le principe de solution dans la cessibilité ou incessibilité de la part sociale, alors que cette cessibilité ou incessibilité ne peut apparaître que comme étant le résultat de la nature juridique, préalablement établie, de cette part elle-même.

« Ce qui constitue l'action, ce qui la distingue de l'intérêt, disait Bravard-Veyrières, suivi sur ce point par un grand nombre d'auteurs, c'est la cessibilité. Pour reconnaître s'il y a intérêt ou action, il n'y a donc qu'une seule chose à examiner : savoir si le droit est cessible ou ne l'est pas; en d'autres termes, s'il y a des rapports de choses ou des rapports de personnes. Partout donc où la cessibilité existera, se rencontrera, il y aura une action; partout où elle n'existera pas, il n'y aura qu'un intérêt (1). »

Mais cela ne fait pas avancer la question, car on peut dire en déplaçant les termes de la formule : partout où l'action

(1) *Traité de Dr. comm.*, t. I, p. 258; Conf. PONT, t. I, n° 599; BEUDANT, *Rev. crit.*, 1869, p. 154; LYON-CAEN et RENAULT, n° 371.

existera, il y aura cessibilité; partout où il y aura intérêt, la cessibilité n'aura pas lieu. Il restera toujours à savoir quand il y aura action et quand il y aura intérêt.

On semble l'avoir senti, car certains auteurs, quoique adoptant à peu près le même point de vue, déclarent : « Qu'il ne faut pas s'attacher à la cessibilité d'une manière trop absolue. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a lieu de rechercher si la cession des parts d'associés a été considérée comme quelque chose d'exceptionnel ou, au contraire, comme un acte normal et ordinaire. Dans le premier cas, ce sont des intérêts et dans le second ce sont des actions (1). »

M. Batbie écrivait, de son côté : « Les *actions* constitueront des *parts d'intérêts*, lorsque, d'après le pacte social, elles ne pourront être cédées sans le consentement des autres associés, et quels que soient les termes de l'acte de société. Il y aura société par actions si les associés ont le droit de substituer d'autres personnes sans le consentement des coassociés (2). »

C'est toujours la même interversion dans les idées.

La jurisprudence a naturellement subi l'influence de cette interversion. On la trouve ainsi résumée dans le recueil de Dalloz :

« L'idée de cessibilité doit être considérée comme la base de la distinction entre l'action et l'intérêt; mais cette idée doit être combinée avec la recherche, dans chaque espèce, de l'intention des parties. Il ne suffirait pas que les parts d'associés soient cessibles pour être qualifiées d'actions, il faut encore que les dispositions du pacte social, interprétées dans leur ensemble, fassent ressortir l'intention d'établir simplement une association de capitaux et non une société constituée *intuitu personæ*. Si la cession est quelque chose

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*; Comp. Concl. de l'av. gén. DESJARDINS sous Cass. 10 août 1867, D. 87, 1, 440.
(2) *Rev. crit.*, 1869, p. 335.

d'exceptionnel, ce sont des intérêts ; si c'est un pacte normal et ordinaire, ce sont des actions (1). »

Sans doute, il faut, dans chaque espèce, rechercher l'intention des parties et vérifier si elles ont voulu établir une association de capitaux ou une association de personnes et les stipulations relatives au transport des parts d'associés pourront, quelquefois, servir seulement d'indices à cet égard, mais, à entendre les auteurs et les arrêts, il semblerait qu'il dépend absolument des parties de déclarer dans les statuts que les parts d'associés seront cessibles ou non cessibles.

Ce serait là une erreur absolue.

49. Nous avons déjà établi que, sauf exception résultant d'une loi spéciale, tous les éléments du patrimoine sont aliénables soit par voie de cession, soit de toute autre manière, suivant leur nature, et que les clauses d'inaliénabilité ou d'incessibilité sont inopérantes (Voy. t. IV, nos 78 et suiv. ; t. X, nos 204 à 207).

Mais, d'un autre côté, nous avons aussi établi que les droits mélangés d'obligation ne peuvent être cédés *en bloc*, comme un tout *indivisé*, par la raison unique qu'on ne peut pas céder ou transférer une dette, c'est-à-dire se dégager d'une obligation en se substituant un cessionnaire, si le créancier ne donne pas son adhésion (Voy. t. X, no 207 ; Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, nos 196, 197, 198 ; nos 186 à 188).

C'est ce qui se présente quand il s'agit des parts d'*intérêt* dans une société. Ce n'est pas, en effet, parce que l'*intérêt* serait incessible en soi qu'on le déclare tel, et la circonstance qu'il résulte d'une société créée *intuitu personæ* ne signifie absolument rien. Mais c'est parce que le cédant

(1) Suppl. vo *Société*, no 849 ; Cass. 22 fév. 1892, D. 94, 1, 147 ; 5 nov. 1888, D. 89, 1, 453 ; 10 août 1887, D. 87, 1, 440 ; Cass. 2 août 1886, D. 87, 1, 167.

voudrait se soustraire à des obligations éventuelles en se substituant un tiers, ce qui est inadmissible.

Au contraire, dans les sociétés où il n'y a que des capitaux engagés, où les parts des associés sont des actions, il est manifeste que les actionnaires peuvent céder et transmettre librement leurs parts, car leur apport étant réalisé, ils ne demeurent grevés d'aucune obligation personnelle.

Par conséquent le point unique à vérifier est celui de savoir si un associé qui a réalisé son apport, demeure, à raison de la part qu'il a obtenue dans la société, dans les liens d'une obligation éventuelle, c'est-à-dire s'il demeure encore débiteur, ou non. C'est seulement alors que, par voie de conséquence, la part d'associé est cessible ou non.

Ces résultats doivent cependant être combinés, le cas échéant, avec l'application de la règle que : lorsqu'on a un droit mélangé d'obligation, on peut bien céder son droit mais non son obligation. Les parties auront donc la faculté de ne pas maintenir comme *indivisé* le droit *mélangé* dont il s'agit, de séparer l'élément actif de l'élément passif pour en rendre la cession possible.

50. Ce point a été nettement reconnu par quelques-uns des auteurs qui ont disserté sur la nature de l'*action* et de l'*intérêt*. La logique juridique les a naturellement conduits à appliquer en fait la règle ci-dessus que, cependant, ils n'ont pas eu en vue dans la discussion.

Ainsi, dans les sociétés en nom collectif, la part d'associé est un *intérêt;* l'associé demeure débiteur, donc sa part considérée dans son ensemble est incessible. Mais, a écrit fort justement Batbie : « J'admets que dans une société en nom collectif, l'apport des associés pourrait être représenté par des titres cessibles ou négociables. Cette transmission, néanmoins, ne produirait d'effets qu'entre les associés et les cessionnaires, non envers la société. Les porteurs d'actions auraient droit aux bénéfices mais ne seraient pas des

associés substitués aux premiers associés qui demeureraient tenus envers les co-associés et les tiers. La forme de l'action donnée, en ce cas, aux intérêts, ne changerait pas la nature de l'intérêt; elle permettrait seulement de céder non la qualité d'associé, mais le droit aux bénéfices (1). » C'est-à-dire que l'élément actif aurait été séparé de l'élément passif. C'est parce que la séparation de ces deux éléments, dans le cas examiné, n'a été ni entrevue, ni même soupçonnée, que la combinaison envisagée par Batbie est repoussée par quelques auteurs (2).

De même que dans une société en commandite par actions, l'apport des associés en nom collectif pourra être représenté par des titres cessibles ou négociables semblables aux actions des commanditaires. Mais cette cessibilité ne peut porter que sur le droit aux bénéfices, et non sur la qualité d'associé (3).

51. Dans les sociétés anonymes, la part d'associé est une *action*. Cette action donne droit aux bénéfices, mais n'est *mélangée* d'aucune obligation, soit actuelle, soit éventuelle. Donc, il ne saurait être question ici de séparer l'élément actif de l'élément passif qui n'existe pas. L'action est donc naturellement cessible et aliénable, comme toute autre partie du patrimoine. La question de savoir *si une société anonyme peut se constituer par intérêts*, c'est-à-dire diviser son capital en parts qui seraient *incessibles*, comme si elles impliquaient une obligation, ne peut même se poser (4).

Cependant Batbie a soutenu le contraire; il a supposé que, à la mort d'un grand industriel, ses nombreux héritiers ont voulu continuer à exploiter son établissement, sous la

(1) *Rev. crit.*, 1869, p. 414; Comp. VAVASSEUR, *Traité des sociétés*, n° 354.

(2) BRAVARD-VEYRIÈRES, t. I, p. 337; LACOUR, *Rev. crit.*, 1885, p. 459.

(3) BATBIE, *loc. cit.;* Bordeaux, 10 mars 1892, D. 92. 2, 351.

(4) Voy. LACOUR, *loc. cit.*, p. 463.

direction de l'un d'eux, mais en limitant la responsabilité de chacun au montant de sa part héréditaire; ils ont, de plus, stipulé que chaque associé ne pourrait céder ses droits à un tiers qu'avec le consentement des autres. Voilà donc une société anonyme qui ne serait pas par actions, puisque les parts des associés seraient incessibles... L'hypothèse n'est pas heureusement choisie. Pour notre part, nous nous refuserions à voir dans une telle combinaison une société sérieuse. Nous n'y verrions qu'une tentative d'éluder la prohibition de renoncer à sortir d'indivision. Pourquoi, d'ailleurs, imaginer que la prétendue société va se former entre des cohéritiers? C'est pour expliquer comment il se fait que les statuts aient prétendu refuser à chaque associé, qui ne doit et ne devra jamais rien aux autres, la facilité de céder sa chose sans le consentement de ceux-ci. Mais les clauses d'incessibilité ou d'inaliénabilité sont nulles, et la jurisprudence, qui se montre trop facile à cet égard, ne les admet que dans des hypothèses qui n'ont rien de commun avec celle qui vient d'être examinée (Voy. t. IV, nos 78 et suiv.).

52. D'après une certaine opinion, la société anonyme, dans le cas ci-dessus, ne serait pas une société par actions, par cette unique raison que les parts d'associés ne se trouveraient pas représentées par des titres négociables.

En effet, selon cette même opinion, c'est la négociabilité par la tradition, par une déclaration de transfert, par un endossement qui constitue le caractère distinctif de l'action (1). Mais cette solution perd tout son intérêt du moment qu'il est démontré que la négociation ne peut porter que sur le titre considéré comme donnant un droit aux bénéfices et non sur la qualité d'associé demeurant soumis à l'obligation de supporter les dettes sociales.

(1) VAVASSEUR, n° 327 et suiv.; LACOUR, *loc. cit.*, p. 456; ce dernier auteur nous apprend que telle était aussi la solution enseignée par M. RATAUD, à son cours.

Nous ne dirons rien de la singulière affirmation qui s'est produite au Sénat, d'après laquelle l'action devrait être entendue dans le sens vulgaire du mot et ne serait rien autre chose que le titre figuratif de l'intérêt de chaque associé. D'après cette doctrine, pour savoir si une société est par intérêt ou par actions, il faudrait tout simplement vérifier s'il a été délivré aux associés des titres représentant leurs droits ou si la preuve de ces droits résulte uniquement du titre constitutif de cette société (1)?

53. La théorie qui précède reçoit naturellement son application aux sociétés civiles, et la jurisprudence qui reconnaît à ces sociétés une personnalité civile favorise singulièrement cette application.

Ainsi les associés font chacun, on le suppose, un apport immobilier. Toutes les formalités voulues pour le transfert du droit réel sont remplies. C'est la société, être moral, qui devient propriétaire. Le capital social est divisé en actions, et chaque associé en reçoit un certain nombre calculé sur l'importance de sa mise. Ces actions pourront être transmissibles par voie d'endossement; elles pourront même être créées sous la forme d'un titre au porteur. Mais il n'est pas dérogé aux règles générales de la société civile. Les actions ainsi négociables donneront droit aux bénéfices, et les associés continueront de supporter leur part dans les dettes sociales. Il faudra donc suivre les règles, que nous allons maintenant examiner, concernant les engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers.

(1) *J. Off.*, Sénat, séance du 30 nov. 1881, *Débats parl.*, p. 1797.

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS.

SECTION Ire.

Des engagements des associés entre eux.

N° 1. — *Engagements dérivant des promesses d'apport.*

54. — Quand commence la société civile ordinaire, art. 1843, ou ayant revêtu la forme soit de la société anonyme, soit de la commandite par actions.
55. — Durée conventionnelle de la société, art. 1844.
56. — Obligation de l'associé quant aux apports qu'il a promis, art. 1845; modes de réalisation.
57. — Quand il y a lieu à remise d'actions.
58. — Diverses espèces d'actions.
59. — Leur indivisibilité.
60. — Actions de prime.
61. — Parts de fondateurs;
62. — Sont-elles des actions?
63. — Vérification des apports en nature dans les sociétés par actions.
64. — Garantie dont l'apporteur est tenu.
65. — Versements en numéraire dans les sociétés par actions. Obligations des souscripteurs originaires et des acquéreurs ultérieurs.
66. — De l'action en versement. — Exécution en bourse.
67. — Versements en numéraires dans les sociétés civiles ordinaires, art. 1846. — Point de départ des intérêts.
68. — Obligation de celui qui a promis d'apporter son industrie.

54. Pour savoir à quelle époque commence l'existence d'une société, il faut distinguer entre les sociétés civiles ordinaires et les sociétés civiles qui ont revêtu la forme des sociétés anonymes ou en commandite.

Pour les premières,

ART. 1843. La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque.

Pour les secondes, il faut tenir compte des dispositions de la loi du 29 juillet 1867, modifiée par la loi du 1er août 1893. Elles ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins du montant des actions par lui souscrites, lorsque les actions seront de 100 francs et au dessus, et de la totalité quand elles seront de moins de 100 francs (art. 1, § 2). Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première Assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages donnée par une autre Assemblée générale, après une nouvelle convocation (art. 4; art. 24).

Tant que la société n'est pas définitivement constituée, les statuts pourront être modifiés, soit par les fondateurs, soit par les actionnaires, en assemblée générale, d'accord avec les fondateurs (1).

L'organisation de la société doit être complétée par la nomination d'un conseil de surveillance, s'il s'agit d'une société en commandite, par l'acceptation des fonctions d'administrateur et de commissaire, s'il s'agit d'une société anonyme.

Jusqu'à l'accomplissement de la dernière de ces formalités, la société n'est pas constituée; la loi interdit, sous des sanctions sévères, de commencer les opérations (L. 1867, art. 13, nos 21 et 45). La vente qui serait consentie à la société avant sa constitution définitive serait nulle (2).

La souscription des actions doit être pure et simple et non conditionnelle. L'engagement par lequel le souscripteur se réserverait le droit de se libérer de sa souscription en aban-

(1) Trib. Seine, 16 mai 1887, *J. des soc.*, 1888, p. 206.
(2) Paris, 23 juill. 1894, S. 95, 2, 105.

donnant les sommes versées serait nul. Serait encore nulle toute convention avec le gérant qui aurait pour résultat d'affranchir un actionnaire de l'obligation de verser sa mise ou de la lui rembourser.

Cette souscription constitue entre les fondateurs représentant la future société et se portant fort pour elle et les souscripteurs un contrat synallagmatique. Par ce contrat, les fondateurs prennent l'engagement d'attribuer aux souscripteurs tout ou partie des actions souscrites; les souscripteurs s'engagent, sous la condition que la société sera constituée, à effectuer les versements qui pourront être appelés sur les titres, jusqu'à concurrence de leur montant, et ils adhèrent implicitement aux statuts qui sont la loi commune (1).

55. Les parties sont libres d'assigner à la société telle durée qu'elles veulent.

ART. 1844. S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'art. 1869; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire.

La prorogation du terme originairement fixé par le contrat ou les statuts n'implique pas à lui seul la création d'une société nouvelle (2).

56. Les associés sont liés aussitôt que le concours des volontés s'est régulièrement produit, quand il s'agit de sociétés civiles ordinaires. Quand il s'agit de sociétés civiles par actions, la souscription en elle-même doit être pure et simple, mais l'engagement qui en résulte est subordonné à la condition que la société sera constituée.

ART. 1845. Chaque associé est débiteur envers la société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter. — Lorsque cet apport consiste eu un corps certain, et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur.

(1) Voy. BEUDANT, *Const. des sociétés par act.*, *Rev. crit.*, 1870, p. 113 et suiv.; PONT, n° 880; LYON-CAEN et RENAULT, n° 685 *bis*.
(2) Angers, 5 juill. 1876, D. 77, 2, 30.

L'apport sera réalisé suivant le mode, qui, d'après la nature de l'objet promis, aura pour effet de placer cet objet dans le patrimoine de la société.

S'il s'agit d'une société ne constituant pas un être de raison, il ne pourra résulter de la réalisation de l'apport qu'une co-propriété entre les divers associés.

S'il s'agit d'une société ayant la personnalité civile, c'est l'être moral qui sera lui-même investi.

Dans tous les cas, s'il s'agit d'un immeuble, il y aura lieu à transcription pour que la mutation de propriété puisse être opposée aux tiers (L. 23 mars 1855).

La mise en société de créances actives sur des tiers ne peut produire d'effet qu'au moyen d'une cession. La cession en effet, quoique réglementée au titre de la vente, n'est pas un contrat particulier, mais plutôt un contrat abstrait d'aliénation, se produisant comme un mode d'exécution d'un autre contrat, société, partage, vente, etc. Par conséquent, alors même que la société aurait été publiée, la cession résultant de la mise en société ne sera opposable aux tiers qu'autant qu'elle aura été suivie de la signification aux débiteurs ou de l'acceptation de ceux-ci dans les termes de l'art. 1690. Peu importe d'ailleurs que l'apport des créances au lieu de résulter d'une désignation expresse et spéciale dérive d'une clause par laquelle l'associé a déclaré mettre dans la société l'universalité de ses biens (1). Il ne saurait y avoir aucun doute quand l'associé stipule que la société lui remboursera à dire d'experts la valeur des créances comprises dans l'apport (2).

La réalisation donnera lieu :

(1) Cass. 28 avr. 1869, D. 69, 1, 445; Paris, 18 déc. 1884, D. 86, 2, 15.

(2) Cass. 18 janv. 1871, S. 71, 1, 88; Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 282; AUBRY et RAU, § 378, texte et note 11; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 21; LAURENT, t. XXVI, n° 245; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 772; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 178.

Pour un billet à ordre à l'endossement (art. 136, C. comm.);

Pour un brevet d'invention, à l'enregistrement à la préfecture (L, 5 juillet 1844, art. 20) (1).

Pour un bâtiment de mer à mutation en douane (L. 27 vendémiaire an II, art. 27).

Si l'associé a promis seulement de faire jouir la société d'une chose dont il garde la propriété, l'apport en jouissance n'est réalisé que si la société conserve la jouissance pendant la durée promise.

Si l'apport consiste dans l'industrie d'un associé, nous avons déjà vu qu'il engendre une obligation de faire à la charge de celui-ci.

Enfin si l'apport consiste en une somme d'argent, le versement de la somme promise doit être effectué aux époques et de la manière fixée par le contrat ou les statuts. Tant que les apports ne sont pas réalisés, l'associé demeure débiteur de ce qu'il a promis; c'est ce que déclare l'art. 1845. Avant la loi du 1er août 1893 il pouvait être dérogé en fait à cette disposition au moyen de la clause portant que les actions d'une société anonyme ou en commandite pouvaient, après avoir été libérées de moitié, être converties en actions au porteur, ce qui dégagerait les actionnaires vendeurs (2). Désormais il ne pourra plus en être ainsi.

57. Quand les apports sont réalisés, l'associé obtient un titre établissant qu'il s'est libéré de son obligation. Dans les sociétés ordinaires ce titre résultera du contrat lui-même ou de l'acte intervenu, ou encore d'une quittance.

Dans les sociétés civiles par actions, qu'elles aient ou non revêtu la forme de l'anonymat ou de la commandite, l'associé recevra des titres qu'on appelle *actions*.

(1) Voy. cepend. Cass. 19 juin 1882, S. 83, 1, 17 et la note de M. Lyon-Caen.

(2) Cass. 30 nov. 1892, S. 93, 1, 469; Cass. 4 janv. 1888, D. 88, 1, 37.

Ces titres seront, d'après les distinctions déjà établies, soit des parts d'intérêt, soumettant les porteurs à l'obligation de contribuer aux dettes sociales (1), soit de simples créances de dividendes éventuels contre l'être moral.

Dans tous les cas les actions sont la division en portions égales, suivant la définition de l'art. 34, C. comm., du capital d'une société. Ce fractionnement par coupures d'égale valeur présente le double avantage de faciliter la circulation des titres et la répartition des bénéfices; mais il n'est pas obligatoire, et la loi ne déroge pas pour les actions à la faculté de créer des parts inégales reconnue par l'art. 1853 ci-après expliqué (2).

58. Quant à la forme, les actions peuvent être *nominatives* ou *au porteur;* elles sont *mixtes* à ce point de vue quand le titre est nominatif par le nom du titulaire, et muni de coupons à détacher au fur et à mesure de leur échéance.

Les actions sont *libérées* quand tous les versements promis ont été effectués; elles ne sont pas libérées dans le cas contraire. Il peut donc y avoir des actions partiellement libérées.

D'après l'art. 3 de la loi de 1867, modifié par celle du 1er août 1893, les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération. Cette disposition abroge l'ancien art. 3 qui admettait bien la même règle, mais qui permettait de stipuler dans les statuts que les actions pourraient être converties en actions au porteur en vertu d'une délibération de l'assemblée des actionnaires après une libération de moitié. La règle de la loi nouvelle est certainement impérative. Mais, d'après son art. 7, pour les sociétés par actions en commandite ou anonymes, sans distinction entre celles antérieures à la loi du 24 juillet 1867 et celles postérieures, il

(1) Douai, 26 nov. 1884, D. 85, 2, 157.
(2) R. Rousseau, *Man. des sociétés par act.*, n° 92.

n'est pas dérogé à la faculté qu'elles pouvaient avoir de convertir leurs actions en titres au porteur avant libération intégrale.

Envisagées en elles-mêmes, les actions diffèrent suivant la nature des apports auxquels elles correspondent.

Les *actions de capital*, ou simplement *les actions*, quand on ne les oppose pas à d'autres types, sont les parts égales représentées par une seule série de titres, ayant chacune un numéro et une individualité distincts, dont l'ensemble constitue le capital social, et dont le montant a été versé en espèces intégralement ou partiellement. Elles deviennent négociables immédiatement après le versement du quart.

Les *actions d'apport* ou *actions de fondation* sont les titres représentatifs des apports en nature, mobiliers ou immobiliers, apports évalués et approuvés par les assemblées générales constitutives dans les formes déterminées par la loi.

La loi n'interdit pas les actions mixtes, c'est-à-dire correspondant pour partie à des apports en nature et pour partie à des apports en espèces. Mais elle veut que ces actions soient, comme les actions d'apport, entièrement libérées avant la constitution de la société. Les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société (L. de 1867, art. 3 modifié par la loi du 1er août 1893). — Cela ne doit s'appliquer qu'à la négociation, et non à la cession par les voies civiles, faite dans les formes de l'art. 1690; c'est ce qui fut déclaré au Sénat dans la séance du 3 juillet 1893. Toutefois la cession civile n'aura d'effet qu'entre les parties; à l'égard de la société, l'apporteur restera actionnaire, car le transfert qui seul opère la transmission de l'action vis-à-vis de la société ne pourra être réalisé que deux ans après la constitution (1).

(1) A. FAURE, *La nouv. loi sur les soc. par act.*, p. 64.

Cette restriction ne concerne pas les *actions industrielles*.

Les actions industrielles correspondent aux apports consistant dans l'industrie de l'apporteur. Comme ces actions n'ont pas contribué à la formation du capital, elles ne donnent droit qu'à une part dans les dividendes, et non à une quote-part du fonds social sauf clause contraire insérée dans les statuts. Elles sont négociables aussitôt après la constitution de la société (1).

La plupart des statuts de sociétés par actions contiennent la stipulation d'un fonds d'amortissement. On prélève chaque année sur les bénéfices une certaine somme, pour rembourser, par voie de tirage au sort, les actions de capital. Les actionnaires remboursés dans ces conditions ne peuvent pas être privés de tous droits dans la société. Ils demeurent associés et reçoivent des *actions de jouissance* qui participent à la répartition des dividendes, et, au moment de la liquidation de la société, ils n'ont droit qu'à ce qui reste du fonds social, après le remboursement des autres actions de capital.

On rencontre également des *actions privilégiées* créées le plus souvent au cours de l'existence d'une société, en vertu d'un vote, qui doit être unanime, de l'assemblée générale extraordinaire délibérant sur une augmentation de capital. Le privilège consiste ordinairement dans l'attribution d'un revenu fixe prélevé sur les bénéfices et divisé entre tous les porteurs d'actions privilégiées; il peut aussi consister dans le droit au remboursement du capital nominal avant la dissolution, ou dans un droit de préférence quant à la répartition du capital, etc.

59. Les actions ou coupons, même en l'absence d'une clause spéciale des statuts, sont indivisibles entre les héritiers d'un actionnaire décédé. Cela revient à dire que chaque

(1) LYON-CAEN et RENAULT, n° 560; DALLOZ, *Répert. Suppl.*, v° *Société*, n° 860; ROUSSEAU, n^{os} 108-109.

action ou coupon d'action est une division qui n'est pas elle-même susceptible de subdivision (1).

Il suit de là que lorsque l'action n'est pas libérée, la société peut refuser de recevoir de l'un des héritiers sa part dans la dette, l'obligation étant indivisible (Voy. t. VII, n° 343) (2).

60. Quand une société importante est en voie de formation, il arrive souvent que les fondateurs s'entendent avec plusieurs financiers réunis en syndicat pour s'attribuer la totalité des actions, au pair, non pour les conserver, mais afin de les jeter immédiatement sur le marché par des émissions faites à un taux plus élevé. L'écart existant entre la valeur nominale du titre et le prix que le groupe en retire constitue la prime. Les actions de prime ont pour but ou sont censées avoir pour but la rémunération de services rendus au moment de la constitution de la société.

La légalité des actions de prime est douteuse. Pour les uns, ces actions sont illégales, les services rendus ne pouvant être rémunérés par la remise gratuite d'actions libérées, mais seulement, à défaut de payement en argent, par l'attribution des parts de fondateurs (3). Mais cette solution paraît trop absolue : si les actions sont créées en sus du capital social, elles sont valables; elles sont nulles, au contraire, si elles sont prises sur le capital, de manière à produire *ab initio* un déficit dans la caisse sociale (4).

61. Parlons maintenant des parts de fondateurs. Elles peuvent être créées dans deux situations différentes : 1° lorsqu'une société civile d'études a précédé la constitution de

(1) ROUSSEAU, *loc. cit.*, n° 123.

(2) Comp. Paris, 6 août 1895, *Gaz. Pal.*, 15 janv. 1896.

(3) PONT, n° 911; VAVASSEUR, n° 529; BEUDANT, *Rev. crit.*, 1869, p. 116; Trib. comm. Seine, 9 juill. 1880, *J. des soc.*, 1881, p. 34.

(4) LYON-CAEN et RENAULT, n°s 560 et 698; RUBEN DE COUDER, v° *Sociétés anonymes*, n° 105; Comp. A. FAURE, p. 66; THALLER, *Rev. crit.*, 1881, p. 522 et suiv.

la société à forme commerciale; 2° en dehors de toute société civile préalable.

Pour les sociétés importantes dont la création réclame des études et une préparation assez longues, on commence quelquefois par former à cet effet une société civile dont la création d'une société commerciale est le but final. Les associés, pour ne point attendre jusqu'à ce moment le remboursement de leurs déboursés et la rémunération de leurs peines, reçoivent des *parts de fondateurs* constatées par des titres négociables d'une valeur déterminée, donnant droit éventuel à un prélèvement de bénéfices. La société civile se dissout à l'instant même où la société définitive prend naissance, et la transition de la première société à la seconde est si bien ménagée, que la délivrance de nouveaux titres après la création de celle-ci paraît superflue.

Des titres semblables peuvent être créés en dehors de toute société civile préalable. Dans les deux cas, la question est de savoir si les fondateurs ont le droit de traduire immédiatement, sous la forme de titres négociables, les certificats qu'ils obtiendront (1).

Les parts de fondateurs sont incontestablement licites (2); elles sont nominatives ou au porteur, et ont toutes les apparences des actions.

62. Mais sont-elles véritablement des actions? Si ce sont des actions, elles ne sont négociables que dans les termes de l'art. 2 de la loi du 24 juillet 1867; leur attribution doit être réglementée par l'art. 4 de la même loi; elles ne sont négociables, conformément à la loi du 1er août 1893, que deux ans après la constitution définitive de la société. Si ce sont, au contraire, de simples titres ayant pour objet une participation éventuelle aux bénéfices, ces titres peuvent

(1) Voy. THALLER, *loc. cit.*, p. 533 et suiv.

(2) Cass. 4 juill. 1893, D. 93, 1, 365; Cass. 29 fév. 1888, S. 89, 1, 417.

être négociés avant même la constitution de la société, et ils peuvent jouir de tous les avantages, sans être affectés par les dispositions de l'art. 4 relatives à la vérification des apports. La jurisprudence se prononce dans ce dernier sens (1).

Pour soutenir que ce sont de véritables actions, on a allégué que les titres créant des parts de fondateur se réfèrent à de véritables apports; qu'il y a eu un apport d'industrie, non pas un rapport *successif*, mais un apport *initial* (2). Cela n'est pas exact; l'apport d'industrie n'est une valeur que parce qu'il constitue un *moyen d'exploitation* (Voy. *suprà*, n° 21); il engendre une obligation *de faire* devant durer en principe autant que la société (3). Au contraire, le concours du véritable fondateur s'est produit *avant la constitution de la société*, et a pris fin, par la force des choses, une fois la société formée; ce n'est plus alors qu'un souvenir et il n'engendre aucune obligation. Enfin, et ceci est décisif, le simple fondateur ne participe pas aux pertes. Il a rendu un service qu'on a pu reconnaître en lui attribuant une *part de fondateur*, mais cette part ne le rend pas associé. Si la société prospère, il participera aux bénéfices; si la société est en perte, il ne perdra rien, car il n'a rien sorti de son patrimoine, il subira seulement un *manque à gagner* (4).

Il appartiendra aux juges d'examiner si, à l'égard des

(1) Paris, 14 janv. 1895, S. 95, 2, 180; Voy. ARTHUYS, *Rev. crit., Exam., doctr.*, 1897, p. 275.

(2) THALLER, *Rev. crit.*, 1887, p. 220; Voy. dans le même sens : LYON-CAEN et RENAULT, n° 560 *bis;* BOUSQUET, *J. des sociétés*, p. 748; CHAVEGRIN, note dans S. 1889, 1, 417; Comp. VAVASSEUR, n° 534; Paris, 19 juin 1885, S. 89, 1, 421; Comp. Cass. 16 fév. 1887; 29 fév. 1888, S. 89, 1, 417.

(3) Voy. LAURENT, t. XXVI, n° 300.

(4) Voy. LECOUTURIER, *Rev. crit.*, 1897, p. 120 et suiv.; DELOISON, *Sociétés*, t. II, p. 404; ROUSSEAU, *loc. cit.*, n°s 132 et suiv.; A. FAURE, *loc. cit.*, p. 65, note 2; Cass. 4 juill. 1893, D. 93, 1, 565; Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 464; Paris, 14 janv. 1895 (cité par ROUSSEAU, n° 134); Trib. comm. Seine, 16 janv. et 10 mars

porteurs de parts de fondateurs, la faculté de dissolution anticipée, ou de fusion avec une autre société, écrite dans les statuts, n'a pas été exercée en fraude de ces porteurs de part (1). Même observation en ce qui touche les amortissements excessifs rendant illusoires les avantages des parts de fondateurs (2).

63. Nous avons déjà indiqué que lorsque une société par actions se constitue avec des apports en nature, ou qu'il est stipulé au profit des fondateurs des avantages particuliers, la constitution de la société est subordonnée par la loi à l'accomplissement de formalités spéciales.

D'après l'art. 4 de la loi du 29 juillet 1867, la première assemblée générale doit faire apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages donnés par une autre assemblée générale, après nouvelle convocation, sur un rapport imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée. Ces prescriptions de l'art. 4 ne concernent que les apports en nature.

Les apports en nature sont ceux qui ne consistent pas en numéraire ou en valeurs d'un recouvrement certain et immédiat, par exemple les apports d'immeubles, d'usines, de mines, de fonds de commerce, d'une marque de fabrique (3), de l'actif d'une société dissoute, etc.

Il y a apport lorsque l'associé reçoit en échange de sa chose, meuble ou immeuble, des actions libérées en tout ou en partie, ou une part dans les bénéfices (4). Il y a vente si

1890, *Droit* du 31 janv. et 26 mars 1890; ARTHUYS, *Exam. doctr.*, 1892, p. 273.

(1) Cass. 29 fév. 1888, S. 89, 1, 417.

(2) Trib. civ. Seine, 20 déc. 1894, *Gaz. des trib.*, 1er janv. 1895.

(3) Paris, 11 fév. 1888, *Rev. des soc.*, 1888, p. 527.

(4) Cass. 22 déc. 1886, D. 87, 1, 447.

la société s'oblige à payer une somme d'argent. L'apport d'un immeuble ne constitue un apport en nature qu'autant qu'il a pour objet la chose même pour l'acquisition et l'exploitation de laquelle la société a été formée (1).

Si l'acquisition était payée partie en espèces, partie en actions, le contrat n'échapperait pas aux conditions de vérification de l'art. 4 (2); il y aura apport pour la partie action, et vente pour la partie argent (3).

64. Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une société par actions ou d'une société civile ordinaire, l'apporteur est garant envers la société au même titre qu'un vendeur l'est envers l'acheteur. C'est ce que déclare le second paragraphe de l'art. 1845.

On suppose qu'il s'agit d'un corps certain. L'associé doit la garantie de son apport quant aux vices et défauts cachés.

L'éviction totale de l'objet apporté par l'un des associés entraînera la dissolution de la société si l'associé se trouve dans l'impossibilité de fournir un objet identique, étant entendu que la société n'aurait été constituée qu'en considération de l'apport promis. Il en serait autrement si la privation de l'apport ne faisait pas obstacle aux opérations de la société (4).

Les art. 1617 et suiv., C. C., relatifs à la garantie de la contenance dans la vente d'un immeuble, étant des dispositions exceptionnelles, ne doivent pas être appliqués à la délivrance des apports. Les associés sont en droit d'exiger toute la contenance promise (5).

(1) Cass. 13 mars 1876, D. 77, 1, 49; Cass. 24 juill. 1873, D. 76, 1, 160.

(2) PONT, n° 966; THALLER, *Rev. crit.*, 1881, p. 529; ROUSSEAU, n° 580.

(3) Orléans, 11 mai 1882, *Rev. des soc.*, 1883, p. 27; Voy. cep. Aix, 9 avr. 1867, sous Cass. 70, 1, 401.

(4) DUVERGIER, n°s 164-165; GUILLOUARD, n° 180; Comp. PONT, n°s 270-271.

(5) DUVERGIER, n° 156; LAURENT, t. XXVI, n° 246; LYON-CAEN et

Lorsque l'apport consiste dans l'usage de certaines choses ou dans les fruits à en percevoir, la propriété reste à l'associé, et la société acquiert seulement l'usage ou la jouissance. Elle jouira comme en vertu d'un bail ou comme en vertu d'un usufruit suivant l'intention des parties. L'écrit, s'il en existe un, sera interprété et appliqué suivant les règles ordinaires; s'il n'y a pas d'écrit, les juges décideront en fait d'après les circonstances (1).

S'il s'agit d'une simple jouissance qui, dans l'esprit des parties, n'est ni un usufruit, ni un droit d'usage, et qui ne peut être un bail puisqu'il n'y a pas de loyer, la société n'a acquis qu'un droit de créance, et il n'y a pas lieu à transcription (2).

65. En cas d'insuffisance des apports primitifs pour assurer la marche régulière de la société, la majorité, si les statuts sont muets sur ce point, ne pourrait contraindre la minorité à augmenter les apports.

Quand les engagements de l'associé doivent se traduire par un versement en numéraire, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une société constituée par actions ou d'une société ordinaire.

Parlons d'abord des sociétés par actions.

La loi du 24 juillet 1867 permettait de stipuler, dans les statuts constitutifs d'une société par actions, que les actions ou coupons d'actions pourraient, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale (art. 3). Le texte ajoutait : « soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, les

RENAULT, t. II, n° 17; GUILLOUARD, n° 181; Voy. Cass. 14 janv. 1862, S. 62, 1, 533.

(1) PONT, n° 276; LAURENT, t. XXVI, n° 248; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 28; GUILLOUARD, n°s 188, 189 et 190.

(2) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 190.

souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié restent tenus du paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale. »

Cette disposition a donné lieu à de graves difficultés d'interprétation, qui, pour l'avenir, ont en partie disparu devant le nouvel art. 3 de la loi du 1er août 1893, portant que les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération. Mais comme cette loi n'a pas eu d'effet rétroactif, il faut dire un mot de ces difficultés en indiquant sommairement l'état de la jurisprudence, notamment en ce qui concerne la responsabilité ou non-responsabilité des acquéreurs intermédiaires d'actions au porteur.

L'ancien art. 3 prévoit en effet deux catégories de personnes :

1° Les souscripteurs primitifs qui ont vendu leurs actions;

2° Les acquéreurs antérieurs au versement de moitié.

Il faut ajouter :

3° Les acquéreurs postérieurs au versement de moitié;

4° Les acquéreurs postérieurs à la délibération.

On appelle souvent les acquéreurs *cessionnaires;* mais l'expression est impropre.

Nous avons exposé ailleurs (1) l'état de la question au point de vue de ce qu'on pourrait appeler le *transfert des dettes*. Nous nous bornerons à constater ici l'état de la jurisprudence.

Les souscripteurs et les acquéreurs qui ont aliéné leurs titres avant le versement de moitié, sont libérés après le délai de deux années. Il en est de même de ceux qui ont aliéné les titres après le versement de moitié, mais avant la

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, nos 227 et suiv.

délibération de l'assemblée générale (1). Ceux qui n'ont aliéné leurs titres que postérieurement au délai indiqué par l'art. 3, demeurent tenus personnellement (2).

Les actions peuvent être aliénées après la délibération de l'assemblée. Les acheteurs qui, au moment où l'action en versement est intentée par la société, ne sont plus propriétaires du titre, sont, d'après la jurisprudence, libérés par le fait seul de l'aliénation (3).

66. L'action en versement dure trente ans. Elle est exercée soit par les représentants de la société, soit par le syndic si la société est en faillite, ou par son liquidateur. Le syndic ou le liquidateur peuvent agir sans être tenus de fournir aucune justification sur l'état du passif (4) ni sur l'emploi à effectuer des fonds appelés (5).

L'actionnaire condamné au versement réclamé pourra être poursuivi sur ses biens dans la forme ordinaire. Les statuts peuvent aussi autoriser la société ou ses représentants à faire *exécuter les titres*, c'est-à-dire à faire vendre en bourse, sur duplicata, les titres sur lesquels les versements sont appelés, aux frais, risques et périls de l'actionnaire, le produit de cette vente devant être affecté, jusqu'à due concurrence, à l'acquittement des versements arriérés (6). L'acheteur d'un titre exécuté en bourse n'achète pas une action sur laquelle il y a des versements à faire, mais bien une action libérés des versements appelés (7).

(1) Cass. 16 fév. 1892, D. 93, 1, 137; Cass. 24 nov. 1880, D. 84, 1, 76.

(2) Cass. 20 juin 1885, S. 86, 1, 18.

(3) Cass. 16 fév. 1892, D. 93, 1, 137; PONT, 930 et 939; LYON-CAEN et RENAULT, n° 431.

(4) Cass. 20 oct. 1886, S. 87, 2, 49; Paris, 4 mars 1888, D. 89, 2, 1; Voy. cep. note de LABBÉ sous l'arrêt précité du 20 oct. 1886.

(5) Cass. 26 mai 1886, S. 86, 1, 349.

(6) Cass. 8 déc. 1891, S. 92, 1, 61; Cass. 20 fév. 1888, S. 88, 1, 401, etc.

(7) Cass. 31 oct. 1887, S. 90, 1, 524.

Les intérêts des sommes dues pour libérer les actions courent du jour de l'appel de fonds et non du jour de la demande en justice (1). C'est la règle générale en matière de sociétés.

67. En effet,

Quand le versement en numéraire a été promis à une société civile ordinaire, non constituée par actions, et c'est le cas, maintenant, que nous allons examiner, il est de principe qu'une demande en justice n'est pas nécessaire pour faire courir les intérêts :

ART. 1846. L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée. — Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier; — Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Si la loi déroge aux règles ordinaires pour faire courir de plein droit les intérêts de l'apport promis, c'est afin de maintenir l'égalité entre les divers associés. L'associé ayant droit, en effet, aussitôt que le contrat est devenu parfait, à sa part dans les bénéfices, aurait trouvé un certain avantage à retarder son versement jusqu'à la demande en justice, puisqu'il eût profité seul de l'*interusurium* de son argent. Il se serait ainsi trouvé mieux traité que les associés exacts à réaliser leurs mises aux époques convenues.

Une considération semblable explique la solution donnée par le texte en ce qui touche les sommes prises par un associé dans la caisse sociale. Les bénéfices continuent toujours d'être produits pour le profit de cet associé. Si donc cet associé n'avait dû les intérêts qu'à partir d'une demande en restitution, il aurait eu avantage à attendre cette demande pour profiter de l'*interusurium* qu'il aurait ainsi cumulé avec les bénéfices.

(1) Paris, 18 fév. 1888, *Rev. des soc.*, 88, p. 200.

Dans les deux cas envisagés, l'associé pourra, en outre, encourir de plus amples dommages-intérêts *s'il y a lieu*. C'est une dérogation à l'art. 1153 d'après lequel les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent, ne consistent jamais que dans les intérêts fixés par la loi.

L'associé serait également tenu de plein droit des intérêts des sommes par lui reçues pour la société et qu'il serait en retard de verser dans la caisse sociale. Il pourrait encore, de ce chef, être condamné à des dommages-intérêts s'il y avait lieu (1). Les intérêts seront dus jusqu'au moment du payement de la somme due. Si l'associé en retard garde la somme jusqu'à la dissolution de la société, il devra les intérêts jusqu'à la liquidation, car ce n'est qu'à ce moment qu'il pourra opérer une restitution libératoire (2).

On décide que les intérêts des sommes promises et non payées se prescrivent par cinq ans, quoique l'art. 2277 ne paraisse pas littéralement applicable (3).

68. Au lieu de consister dans la livraison d'un objet ou le payement d'une somme, c'est-à-dire dans une prestation une fois opérée, l'apport peut se traduire par une obligation de faire nécessitant une prestation successive.

C'est ce qui a lieu dans les apports d'industrie.

Ceux qui ont promis un tel apport doivent fournir le genre de coopération particulière qu'il comporte.

S'ils cessent de fournir l'industrie promise, l'apport disparaît et la société doit se dissoudre.

En outre.

(1) PONT, n° 320; LAURENT, t. XXVI, n° 156; ARNTZ, t. IV, n° 1284; GUILLOUARD, n° 199.

(2) PONT, n°s 323, 326; LAURENT, t. XVI, n° 257; ARNTZ, t. IV, n° 1284; Comp. GUILLOUARD, n° 199.

(3) Cass. 17 fév. 1869, S. 69, 1, 256; AUBRY et RAU, § 360, texte et note 1; GUILLOUARD, n° 193.

ART. 1847. Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société.

Le texte suppose que chacun des associés a exercé l'industrie promise conformément aux conventions intervenues, mais que l'un d'eux ne rend pas un compte exact des gains par lui réalisés dans l'intérêt commun. Si celui-ci, au lieu de consacrer son temps aux affaires de la société, avait cherché à en employer une partie pour réaliser un profit personnel, il pourrait se faire que le préjudice causé à la société fût supérieur aux gains illicites ainsi obtenus. La restitution de ces gains serait alors insuffisante, et l'associé en faute devrait par suite des dommages complémentaires (1).

Il est évident que si l'associé a une autre industrie qui ne fait pas l'objet de la société, il ne doit pas compte à la société des bénéfices qu'il en retirerait. Mais il ne devrait pas, sous prétexte qu'il a le droit de conserver cette industrie séparée, restreindre le concours qu'il a promis à ses coassociés. Pour éviter toute difficulté à cet égard, les statuts contiennent souvent la défense formelle à tous les associés de se livrer à une industrie quelconque, distincte de celle que le contrat de société a eue en vue (2).

N° 2. — *Engagements dérivant d'un encaissement ou d'avances faites.*

69. — De l'associé personnellement créancier d'un tiers qui est, en même temps, débiteur de la société, art. 1848, 1849.
70. — Imputation proportionnelle imposée par l'art. 1848.
71. — Rapport à la masse prescrit par l'art. 1849.
72. — Responsabilité de l'associé gérant, art. 1850.
73. — Risques des choses apportées en société, art. 1851.
74. — Remboursements dûs à un associé par une société civile ordinaire, art. 1852.
75. — Insolvabilité de l'un des associés.

(1) AUBRY et RAU, § 380, texte et note 2; GUILLOUARD, n° 195.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 775.

76. — Immixtions dans la gérance en cas de société civile ayant revêtu la forme de la commandite ou de l'anonymat.

69. Les obligations réciproques des associés peuvent être rendues plus étroites lorsqu'ils se sont donné mutuellement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. C'est ce qui a lieu quand les statuts d'une société civile ordinaire ne contiennent aucune clause spéciale sur le mode d'administration. Quelquefois un associé est spécialement chargé par les statuts du soin d'administrer la société, soit comme gérant, soit sous tout autre titre.

Tous les associés dans le premier cas, le gérant ou les gérants dans le second cas, ont qualité pour opérer le recouvrement des sommes dues à la société, et en donner valable quittance.

Dans ces conditions il est manifeste que les associés investis du droit de recevoir et de fournir quittance ne peuvent pas profiter de leur situation pour se créer une situation meilleure que celle de la société qu'ils administrent. Il n'est pas besoin d'invoquer *la fraternité* pour expliquer cela; le droit strict veut qu'il en soit ainsi.

En conséquence :

ART. 1848. Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière : mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée.

ART. 1849. Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance *pour sa part* (*).

On a voulu expliquer ces solutions d'une étrange manière : « Considérant, dit un arrêt, *qu'il est de principe* qu'un asso-

(*) Art. 1849. — L. 63, § 5, D. 17, 2, *Pro socio*.

cié ne peut rien faire contre l'intérêt social, *et qu'il doit même subordonner à cet intérêt supérieur son intérêt particulier* (1). » Quelques auteurs approuvent cette formule (2), qui est absolument fausse. Il est impossible d'ériger en principe juridique une idée qui pourrait tout au plus trouver place dans un précepte de charité.

Les principes juridiques dont les art. 1848 et 1849 présentent l'application sont ceux du mandat. Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé (article 1991); il répond non seulement du dol mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion (art. 1992). Voilà pourquoi l'associé chargé d'opérer le recouvrement des sommes dues à la société, et qui sait que son propre débiteur est en même temps débiteur de la société, ne peut pas trahir le mandat qu'il a accepté pour s'occuper uniquement du recouvrement qui l'intéresse, et négliger le recouvrement qui intéresse la société. S'il agissait ainsi il commettrait un dol ou tout au moins une faute lourde; il doit donc agir contre le débiteur dans l'intérêt de la société. Mais comme *il n'est pas tenu de subordonner son intérêt particulier à l'intérêt social*, il pourra agir en même temps pour son propre compte, et par conséquent s'il reçoit du débiteur commun une somme d'argent, il devra, comme le dit l'art. 1848, imputer le paiement sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances.

Ce qui prouve bien la rigoureuse exactitude de notre explication, c'est que les art. 1848 et 1849 n'ont pas une portée générale d'application comme ils devraient l'avoir s'ils étaient la conséquence d'un prétendu devoir de fraternité, obligeant chaque associé à sacrifier son intérêt person-

(1) Paris, 26 avr. 1859, S. 50, 2, 329; Voy. cep. Cass. 16 nov. 1870, S. 70, 1, 94.

(2) LAURENT, t. XXVI, n° 259; GUILLOUARD, n° 208; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 777.

nel à l'intérêt social. Il est certain en effet que ces articles ne s'appliquent pas aux associés qui n'ont pas le pouvoir d'administrer la société et qui n'ont pas été chargés de recouvrer ce qui lui est dû. Ceux-ci pourront recevoir la somme entière pour leur compte exclusif. Les partisans du précepte de la *fraternité* le reconnaissent eux-mêmes (1). Il ne saurait, du reste, y avoir à cet égard aucune difficulté : les deux art. 1848 et 1849 ont été empruntés à Pothier. Or pour le cas prévu par l'art. 1849 Pothier faisait la distinction entre l'associé administrateur et l'associé non administrateur (2); la même distinction s'impose donc pour le cas de l'art. 1848 qui procède du même principe.

70. La règle de l'imputation proportionnelle établie par ce dernier article s'applique d'abord au cas où la créance de la société coume celle de l'associé sont également exigibles. Elle doit s'appliquer à plus forte raison lorsque l'associé était pour son compte particulier créancier d'une somme non encore exigible. Mais elle est étrangère au cas où la créance de l'associé était exigible tandis que celle de la société ne l'était pas. L'associé pourrait alors imputer le paiement intégral sur sa créance. L'art. 1848 ne déroge pas, en effet, à l'imputation légale de l'art. 1253; il ne déroge qu'à l'imputation conventionnelle que le créancier peut faire si le débiteur ne la fait pas.

Quand le paiement n'est que partiel, le débiteur conserve le droit que lui reconnait l'art. 1253 de dicter l'imputation; par suite le paiement imputé sera valable entre les parties, mais dans les rapports de l'associé avec la société, l'art. 1848 restera applicable (3).

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 261; GUILLOUARD, n° 211; Conf. DUVERGIER, n° 341; PONT, n° 338; LAROMBIÈRE, art. 1256, n° 6; *Contrà*, DURANTON, t. XVII, n° 401; MASSÉ et VERGÉ, t. IV, n° 434.

(2) *De la société*, n° 122.

(3) LAURENT, t. XXVI, n° 260; Voy. GUILLOUARD, n°s 210-211.

L'art. 1848, fait pour les cas où il y a lieu à imputation, ne saurait être étendu à la compensation produisant son effet en vertu de la loi en dehors de tout fait volontaire de l'associé (1).

71. Dans le cas prévu par l'art. 1849, celui où un associé administrateur a reçu sa part entière d'une créance sociale, il y a eu violation manifeste du mandat dont il était investi. De deux choses l'une, en effet; ou bien la créance sociale était déjà exigible ou elle ne l'était pas encore. Si elle était exigible, le devoir de l'associé administrateur était de la recouvrer en totalité pour la verser dans la caisse commune. S'il s'est borné à exiger sa part, il n'a pu se mettre seul à l'abri de l'insolvabilité éventuelle du débiteur; il se trouve avoir sauvé une partie de la dette pour le compte de ses coassociés. Si la créance n'était pas encore exigible, l'empressement qu'il a mis à recevoir sa part indique bien qu'il voulait se créer une situation particulière pour le cas où le débiteur deviendrait insolvable. Sans doute, il pouvait recevoir une somme correspondant à sa part dans la créance, mais il devait l'encaisser pour le compte de la société. Dans toute hypothèse, il devra rapporter ce qu'il a reçu, non pas parce que un associé doit subordonner son intérêt particulier à l'intérêt social, mais parce que un administrateur est responsable des fautes lourdes qu'il commet dans son administration.

L'explication que nous venons de fournir est d'accord avec les termes de l'art. 1849 supposant qu'il s'agit d'une créance commune dont chacun des associés se trouve avoir une part durant l'existence même de la société, supposant, par conséquent, qu'il s'agit d'une société ne constituant pas une personne morale.

(1) DUVERGIER, n° 339; PONT, n° 340; LAURENT, t. XXVI, n° 262; GUILLOUARD, n° 212.

Nous devons toutefois reconnaître que cette explication ne peut plus être produite depuis que la jurisprudence a décidé que les sociétés civiles étaient des êtres de raison (*Supra*, n° 24). Dans ce système nouveau, il faut dire : que la société, être de raison, était seule investie de la créance entière et qu'aucun des associés n'avait une part distincte dans la créance (1); que, par conséquent, l'administrateur qui a reçu ce que la loi appelle cependant *sa part entière dans la créance commune* n'a pu et dû recevoir cette prétendue part que pour la société, personne morale; qu'il est devenu *ipso facto* débiteur de cette somme envers la société à partir du moment de sa réception; que, par suite, il devra compte des intérêts dans les termes de l'art. 1996; que l'insolvabilité du débiteur n'est pas la cause qui rend l'associé administrateur coupable vis-à-vis de la société, mais donne seulement occasion d'invoquer contre lui la responsabilité qu'il a encourue en recevant sa part... On objectera peut-être que cette explication est incompatible avec les termes bien précis de l'art. 1849 (2). Nous ne prétendrons pas le contraire.

Si la société civile a revêtu la forme d'une société en commandite par action ou d'une société anonyme, il n'y aura pas de difficulté, et l'associé chargé d'administrer la société ne pourra jamais être considéré comme ayant reçu sa part dans une créance commune (cas prévu par l'art. 1849), mais il pourra y avoir lieu à l'application de l'art. 1848.

72. La loi pose encore en principe que :

ART. 1850. Chaque associé est tenu envers la société, des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires (*).

Cela n'est pas exact à la lettre. Il ne s'agit pas de la res-

(*) Art. 1850. — L. 23, 25, 26, 52, § 11, 72, D. 17, 2, *Pro socio*.

(1) En ce sens, DUVERGIER, n° 342.

(2) Voy. LAURENT, t. XXVI, n° 263; GUILLOUARD, n° 213.

ponsabilité de *chaque associé* en général, mais de l'associé qui a eu qualité pour gérer les affaires de la société.

Le texte a été rédigé en vue d'une société civile ou d'une société en nom collectif dont les statuts ne contiennent aucune clause réglant le mode d'administration. Dans ce cas, il est vrai de dire que chaque associé ayant le droit de gérer les affaires de la société, *chaque associé* peut engager sa responsabilité, étant tenu de la faute légère *in abstracto* (1).

Dans l'art. 1850 la loi s'occupe du compte général de gestion que doit fournir l'associé qui a joué le rôle d'administrateur. Dans ce compte doivent être portés les dommages que l'associé a causés *par sa faute* à la société dans certaines affaires appréciées, chacune, quant à son résultat final. Dans ce compte doivent aussi figurer les profits que l'industrie du gérant aura procurés *dans d'autres affaires*. La loi décide qu'il ne pourra pas y avoir compensation entre ces profits et ces dommages.

L'associé dont il s'agit répond non seulement de sa faute, mais encore de sa négligence. Ainsi des gérants qui confieraient la caisse de la société à un aventurier sur lequel ils auraient négligé de prendre des renseignements, acceptant comme vraies ses allégations mensongères, pourraient être déclarés responsables des détournements commis par lui (2). Mais ils ne sauraient jamais être responsables de cas fortuits ni des accidents de force majeure. A l'égard des associés qui n'ont aucun pouvoir d'administration l'observation n'a même pas besoin d'être faite.

73. Quand on met de côté toute considération tirée de ce que un associé a eu ou n'a pas eu l'administration de la société, pour ne tenir compte que de sa qualité d'apporteur,

(1) DUVERGIER, n° 324; PONT, n°s 350, 354; LAURENT, t. XXVI, n° 253; GUILLOUARD, n° 205; Comp. AUBRY et RAU, § 308, texte et note 28.

(2) LAURENT, t. XXVI, n° 254.

il n'y a à se préoccuper que de la question des risques, en ce qui concerne la restitution des apports promis, lorsque la chose promise a péri.

On applique alors le droit commun :

ART. 1851. Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés, qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire. — Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société — Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation (*).

Il était à peu près inutile de constater toutes ces décisions. Nous ferons seulement observer que si l'apport est consenti à une association qui ne constitue pas un être moral, il y a communauté. La transmission soit en propriété, soit en jouissance ne s'opère au profit des communistes que pour la part excédant celle qui est attribuée à l'associé apporteur. L'art. 1851 ne peut donc être appliqué à la lettre que dans les sociétés qui jouissent de la personnalité civile, c'est même le seul texte que pourrait invoquer la jurisprudence pour reconnaître à toutes les sociétés civiles la qualité de personnes morales.

Il faut rattacher à notre texte l'art. 1867 relatif à l'existence de la société et à sa dissolution lorsque l'apport promis a péri. Nous aurons à y revenir.

Il y a donc des cas ou un associé pourra, au moment du partage du fond commun, faire valoir certaines réclamations du chef des apports par lui faits.

74. Dans d"autres cas, il ne sera pas obligé d'attendre le moment du partage, et il pourra obtenir immédiatement le paiement de ce qui lui est dû. C'est ce qui a lieu pour le remboursement des créances contre la société.

ART. 1852. Un associé a action contre la société, non seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais en-

(*) Art. 1851. — L. 58, D. 17, 2, *Pro socio.*

core à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion (*).

C'est toujours la même conception étroite. Le Code semble n'avoir eu en vue qu'une société ordinaire, ou une société en nom collectif dont les statuts n'ont rien prévu quant au mode d'administration.

Il faut cependant distinguer suivant que l'associé qui se prétend créancier a ou non reçu mandat exprès ou tacite de gérer les affaires de la société, ou qu'il n'a reçu aucun mandat.

Dans le premier cas l'associé a droit non seulement au remboursement des dépenses qu'il a faites, mais encore aux intérêts à partir du jour des avances constatées (art. 2001).

Dans le second cas l'associé devra être comme un gérant d'affaires. Il n'aura d'action que si sa gestion a été utile, et il n'aura droit aux intérêts qu'à partir du jour de la demande. (Voy. t. VIII, n° 383) (1).

Si les statuts ou le contrat avaient interdit à l'associé les actes d'administration, l'action *de in rem verso* serait seule recevable.

L'associé a même droit aux intérêts des intérêts s'il a dû les payer pour se procurer les fonds dont il a fait l'avance à la société; par exemple, s'il a fait un emprunt arrêté tous les six mois avec capitalisation des intérêts (2).

Si l'associé a fait un prêt à la société valablement représentée pour contracter un emprunt, l'associé a alors acquis une action comme aurait pu le faire un individu étranger à la société (3), et cette hypothèse est tout à fait en dehors des prévisions de l'art. 1852.

(*) Art. 1852. — L. 52, § 4, 12 et 15; L. 60, L. 61, D. 17, 2, *Pro socio*.

(1) Comp. Cass. 21 juill. 1884, S. 86, 1, 291; PONT, n° 413.

(2) LAURENT, t. XXVI, n° 277; GUILLOUARD, n° 167; Cass. 24 mars 1869, D. 70, 1, 105.

(3) Cass. 7 mai 1844, D. 51, 5, 494.

75. Dans l'opinion qui considère la société civile ordinaire en dehors de la forme en nom collectif, comme n'étant pas un être de raison, l'associé, dans le cas de l'art. 1852, devra diriger son action contre tous les associés. Chacun de ceux-ci n'est tenu que pour la part qu'il a dans la société, et non solidairement comme dans le cas de l'art. 2002. La dette se divise donc entre eux, et puisque le créancier est lui-même membre de la société, et tenu de sa part dans la dette, il devra en faire la déduction dans sa réclamation (1).

Nous venons de dire, en employant une formule vulgaire, que la dette *se divise*... Mais cela n'est pas exact. Il y a eu, *ab initio*, autant d'obligations distinctes qu'il y a eu d'associés obligés, et jamais une division n'a été nécessaire (Voy. t. VII, n° 295), ni réellement, ni fictivement. Par conséquent, si l'un des associés devient insolvable, cette insolvabilité ne peut nuire qu'à son créancier, et il est impossible de comprendre comment la perte résultant de cette insolvabilité devrait être répartie entre l'associé créancier et les autres associés (2). On a cependant soutenu, sur le fondement d'un texte du digeste portant que cette opinion *defendi potest* (3), qu'il y avait lieu d'admettre cette exception *aux principes ordinaires des obligations divisibles*. Mais la divisibilité ou l'indivisibilité de l'obligation n'est pas en jeu dans la question. Il faudrait, d'ailleurs, faire une foule de distinctions : l'insolvabilité existait-elle déjà au moment où l'avance a été faite; l'associé, en la faisant, n'a-t-il pas voulu précisément gérer les affaires des autres associés individuellement considérés?... Ce dernier point est infiniment probable, puisqu'on suppose qu'il s'agit d'une société n'ayant

(1) Cass. 17 juill. 1889, S. 91, 1, 394; PONT, n° 426; LAURENT, t. XXVI, n° 280; GUILLOUARD, n° 170.

(2) Comp. LAURENT, t. XXVI, n° 280.

(3) L. 67, D. 17, 2, *Pro socio;* POTHIER, *Société*, n° 132; PONT, n° 425; GUILLOUARD, n° 170 1°.

pas la personnalité civile, etc. On objecte encore que les associés s'étant unis pour la perte comme pour le gain, il serait contraire à l'équité que la perte résultant de l'insolvabilité de l'un d'eux fût supportée uniquement par celui qui a fait une avance pour la société. Mais celui qui a fait une avance à la société, c'est-à-dire qui a prêté des fonds à un gérant, a agi comme capitaliste et non comme associé. Or on admet que, *du moment où la société est valablement représentée, l'associé est aussi capable d'acquérir des droits contre elle qu'un étranger* (1). Est-ce qu'un étranger serait reçu à prétendre, en l'absence de solidarité stipulée, que l'insolvabilité de l'un de ses débiteurs conjoints doit rejaillir sur les autres?... La circonstance que l'auteur des avances était un associé ne le dispensait pas de prendre la précaution élémentaire de stipuler la solidarité de tous ses associés.

Si les parties avaient originairement adopté la forme d'une société en nom collectif, il n'y aurait eu aucune difficulté.

76. Si elles avaient adopté la forme de la commandite par actions, leur situation serait nettement déterminée par la loi. Les commanditaires, autrement dit les actionnaires, sont traités, au point de vue du droit d'immixtion dans les affaires sociales, comme les commanditaires d'une commandite simple. Ils doivent rester étrangers à l'administration et ne doivent faire aucun acte de gestion, même en vertu d'une procuration. Il ne faut pas, en effet, puisqu'ils ne sont responsables que jusqu'à concurrence de leur mise, que leur attitude laisse supposer aux tiers qu'ils sont des gérants responsables (2). Mais les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance, n'engagent pas les commanditaires (art. 28, C. comm.). On a décidé que les commanditaires ne perdaient pas leur qualité lorsque, dans certains cas prévus par les statuts régulièrement publiés, ils étaient appelés à

(1) GUILLOUARD, n° 165.
(2) ROUSSEAU, *loc. cit.*, n°s 810-811.

donner au gérant une autorisation extraordinaire pour des actes dépassant les limites de l'administration (1).

En cas d'immixtion, le commanditaire devient solidairement obligé avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes dérivant des actes de gestion qu'il a faits. Les créanciers sociaux soit individuellement ou collectivement, soit par mandataires, peuvent invoquer l'immixtion des commanditaires, et s'en prévaloir contre eux; mais les associés en nom collectif ou le gérant ne sauraient avoir le même droit (2).

Quand les parties ont adopté pour leur société civile la forme de l'anonymat, chaque porteur d'action conserve son indépendance complète, mais, ainsi que nous le verrons plus loin, l'art. 40 de la loi de 1867 défend aux administrateurs d'avoir un intérêt personnel dans un marché fait avec la société.

N° 3. — *Participation des associés aux bénéfices et aux pertes.*

77. — Règle générale sur la répartition des bénéfices et des pertes, art. 1853.
78. — Présomption concernant l'apport en industrie.
79. — Des sommes versées en compte courant.
80. — Du règlement conventionnel des parts, art. 1854.
81. — Prohibition des clauses dites *léonines*, art. 1855; d'abord quant au partage des bénéfices;
82. — Ensuite quant à la contribution aux pertes.
83. — Suite. Condition des associés quant à l'obligation et quant à la contribution aux dettes.
84. — La jurisprudence admet facilement la possibilité d'une contribution aux pertes; apports en jouissance.
85. — Assurances contre les chances de perte.
86. — Caractère de la nullité encourue.

77. La participation aux gains et la contribution aux

(1) PONT, nos 1461, 1462; Cass. 20 avr. 1862, S. 63, 1, 195.
(2) Paris, 6 juill. 1865, S. 66, 2, 219; Lyon, 27 mai 1865, S. 66, 2,

pertes sont de l'essence du contrat de société. L'une ne peut aller sans l'autre.

Ainsi une convention dans laquelle une personne se qualifiant prêteur de fonds, apporte une somme dans une association doit être considérée comme constituant un contrat de société lorsque ce bailleur d'argent stipule, non la restitution des fonds mais une quote-part du capital social, non des intérêts mais une participation aux bénéfices, etc., par voie de conséquence ce bailleur de fonds étant associé doit contribuer aux pertes suivant la part proportionnelle fixée pour les bénéfices (1).

C'est en effet la règle générale :

ART. 1853. Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. — A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes, est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté (*).

Théoriquement le montant exact des bénéfices et des pertes ne peut être connu et calculé qu'au moment où la société arrive à son terme. Alors seulement il sera procédéà une liquidation définitive. Ainsi, tant que l'action nominative d'une société civile n'a pas été l'objet d'un transfert régulièrement opéré, l'actionnaire dont le nom est inscrit au regard de la dite action sur les registres sociaux continue de faire partie de la société, et doit concourir, en cas de liquidation et d'insuffisance de l'actif, au paiement des dettes sociales, proportionnellement à l'action inscrite à son nom (2). Mais les parties ne sont pas obligées d'attendre la liquidation. Elles peuvent décider même implicitement, que les bénéfices seront réglés et répartis à des époques successives et déterminées pendant le cours de la société.

(*) Art. 1853. — L. 29, D. 17, 2, *Pro socio*.
(1) Grenoble, 18 mars 1887, D. 88, 2, 305.
(2) Cass. 31 janv. 1887, D. 87, 1, 336.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

A défaut de stipulations précises la loi présume que les parties ont voulu établir, quant aux bénéfices et aux pertes, une égalité proportionnelle. Mais cela suppose que les mises ont une valeur certaine. Si elles n'ont pas été estimées, les juges seront dans la nécessité de fixer rétroactivement leur valeur, même à l'aide de la preuve testimoniale (1).

78. La loi présume encore que les parties ont voulu assimiler à la mise la plus faible l'apport consistant seulement dans une industrie. Mais pourquoi établir une telle présomption souvent contraire à la réalité, et pouvant se prêter à des surprises?... Il valait mieux ne rien dire.

Si l'associé, en outre de son industrie, a fait en même temps un apport en nature ou en numéraire, l'art. 1853 § 2 qui est de stricte interprétation, toujours applicable quant à la proportionnalité qu'il établit, ne l'est plus quant à l'évaluation de cet apport mixte. On a proposé d'attribuer à l'associé, dans les bénéfices, d'abord une part égale à celle de l'associé qui a apporté le moins, comme part afférente à son apport industriel, et ensuite une seconde part proportionnelle à son apport en nature ou en numéraire (2). En fait les juges pourront finalement attribuer à l'associé dont il s'agit une part calculée d'après ces deux éléments, mais ce mode d'évaluation n'est pas imposé par le texte conçu d'une manière restrictive. L'associé demandeur devra faire, selon le droit commun, la preuve de l'importance de son apport considéré dans son ensemble, et les juges apprécieront (3). Dans le cas d'un apport en nature et en industrie, si la société prend fin avant le terme fixé, l'apport sera considéré comme réalisé au *prorata* de la durée de cette société, quant

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 297; ARNTZ, t. IV, n° 1300.

(2) DUVERGIER, n° 232; AUBRY et RAU, § 381, texte et note 3.

(3) Cass. 14 juin 1865, S. 67, 1, 207; PONT, n° 401; LAURENT, t. XXVI, n° 299; ARNTZ, t. IV, n° 1301; GUILLOUARD, n° 225.

à l'industrie promise, et pour le tout quant aux autres éléments qui le composent.

Lorsque toutes les mises consistent en industrie et qu'aucune d'elles n'a été évaluée, la difficulté est complexe.

1° Faut-il dans ce cas apprécier distinctement la valeur de chacune des industries, afin que chaque associé prenne soit dans les profits, soit dans les pertes une part proportionnelle à sa mise dans le fonds social?

2° Ne faut-il pas au contraire présumer que toutes les industries ont une égale valeur, et que la volonté des parties a été que la répartition doit se faire d'après le nombre des associés?

La Cour de cassation s'est prononcée dans ce dernier sens (1); mais il n'est pas possible d'admettre ainsi des présomptions qui ne reposent sur rien. En Belgique, on est tombé dans l'excès contraire, et on a jugé que, en pareil cas, la convention d'un partage des bénéfices proportionnel à la mise ne peut se présumer chez des personnes illettrées ou peu instruites, incapables par suite de procéder à un pareil partage (2). Cela est également arbitraire, et il faut, croyons-nous, s'en tenir à la règle posée dans le premier alinéa de l'art. 1853 d'après laquelle la part de chacun dans les bénéfices est proportionnelle à la mise (3).

79. Dans tous les cas, il faut entendre par *mise* la valeur précise et déterminée dont l'apport est rendu obligatoire par l'acte de société. Les sommes qui, en dehors de cet apport, pourraient avoir été successivement avancées au fur et à mesure des besoins de la société ne pourront être considérées comme une augmentation de la mise; elles ne pourront donc contribuer à grossir la part dans les bénéfices. L'asso-

(1) Cass. 16 nov. 1886, S. 88, 1, 423.
(2) Trib. comm. Gand, 19 janv. 1878, *Cl.* et *B.*, 78-79, 407.
(3) PONT, n° 492; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 52; GUILLOUARD, n° 226; Comp. Nancy, 14 mars 1868, S. 69, 2, 214.

cié qui les a fournies en sera simplement créancier (1).

C'est ce qui a lieu, notamment, pour les fonds versés en compte courant dans la caisse sociale. Souvent les statuts réservent formellement au profit des associés la faculté d'effectuer de tels versements. Même dans ce cas, les associés qui usent de cette faculté, n'agissent pas comme associés, mais comme des bailleurs de fonds qui fournissent à la société l'argent nécessaire à son fonctionnement. Par conséquent s'il n'y a pas dans l'actif social somme suffisante pour désintéresser tous les créanciers, ils seront payés au marc le franc comme les autres créanciers (2). Si après le règlement final, les sommes portées au crédit de l'un des associés, créancier en compte courant, sont supérieures à celles qui figurent au crédit du compte courant d'un autre associé, le premier ne peut prétendre toucher l'excédent qui lui revient par préférence au second. On objecterait en vain que l'associé ayant un excédent à son crédit est créancier de son coassocié pour cet excédent, et peut, à son choix, poursuivre directement celui-ci en paiement de cette somme, ou la prélever jusqu'à due concurrence sur la part de ce dernier dans les valeurs sociales. Ce choix ne lui appartient pas. Il peut sans doute exercer des poursuites contre son associé pour sa part et portion, mais il ne peut user de sa qualité d'associé pour se faire payer de préférence sur les valeurs de la société, puisqu'il n'agit qu'en qualité de simple créancier (3).

80. Il résulte des termes de l'art. 1853, que les parties demeurent libres de déterminer, comme elles l'entendent, la part de chaque associé dans les bénéfices et les pertes. Elles doivent seulement respecter les prohibitions de l'art. 1855, ci-après expliqué. Les parts dans les bénéfices peuvent donc

(1) Cass. 1er août 1883, S. 86, 1, 20; GUILLOUARD, nº 228.

(2) Cas. 21 juill. 1879, S. 82, 1, 349; GUILLOUARD, nº 222; *Nec obst.*, Cass. 7 déc. 1891, D. 92, 1, 617.

(3) Voy. BELTJENS, *Encycl.*, sur l'art. 1853, nº 7.

être inégales. Si les associés n'ont prévu que la part dans les bénéfices, la part dans les pertes sera réglée dans les mêmes proportions (1). L'art. 26 du Code de commerce, qui veut que le capital d'une commandite soit entièrement engagé à l'égard des tiers, ne s'oppose pas à ce que la contribution de l'associé commanditaire dans la perte soit, dans ses rapports avec ses associés, réglée par une stipulation du pacte social (2). A plus forte raison en est-il ainsi pour les associés ordinaires.

ART. 1854. Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité. — Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution (*).

Ce texte, fait pour une hypothèse qui ne se présente jamais, est en outre remarquable en ce qu'il admet qu'une iniquité évidente (pour le juge) n'aura pas été évidente pour celui qui l'aura commise en vertu de la confiance à lui témoignée par toutes les parties!

Cette singulière formule signifie tout simplement que les juges seront investis d'un pouvoir discrétionnaire pour trancher la difficulté. On dit que le règlement sera équitable s'il fixe des parts proportionnées aux mises. Sans doute un tel règlement sera équitable, mais là n'est pas la question. Quand cessera-t-il d'être équitable d'une manière *évidente?* Faudra-t-il qu'il contienne une lésion de plus de la moitié, ou de plus des sept douzièmes? Certainement non (3); les juges apprécieront.

Le délai pour intenter l'action est limité à trois mois et le texte en fixe le point de départ. S'il s'agissait de l'action en rescision du partage de la société fondée sur une lésion de plus

(*) Art. 1854. — L. 6, D. 17, 2, *Pro socio.*
(1) LAURENT, t. XXVI, nos 281-282; ARNTZ, t. IV, n° 1295.
(2) Cass. 11 juill. 1892, D. 92, 1, 485.
(3) AUBRY et RAU, § 381, texte et note 4; PONT, n° 476; GUILLOUARD, n° 231.

du quart, l'action durerait dix ans (art. 1872). (Voy. t. V, n° 475).

81. La liberté reconnue aux intéressés de réglementer librement par eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'un tiers qu'ils auraient choisi, leurs parts dans les bénéfices et dans les pertes, subit de notables restrictions.

ART. 1855. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle. — Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés (*).

Ces restrictions procèdent de l'idée de protection à laquelle il paraît si difficile de se soustraire quand on est chargé de faire une loi. Il en résulte que les associés doivent être intéressés aux pertes et aux bénéfices; mais les parties peuvent établir comme elles l'entendent la proportion dans laquelle chacune d'elles en profitera ou y contribuera, et convenir, en même temps, que l'un des associés aura une part différente dans les bénéfices et dans les pertes (z).

Examinons d'abord la première restriction :

Il ne faut pas prendre à la lettre les termes du texte. Si dans un contrat de société, on lisait, ce qui ne s'est jamais vu, la clause suivante : « La totalité des bénéfices produits par l'action commune des associés appartiendra exclusivement à un seul d'entre eux, le sieur X..., » le contrat paraîtra annulable plutôt pour cause de démence que pour un autre motif. La loi a donc eu en vue ce qu'on appelle un contrat *léonin*, un contrat dont l'économie aboutirait en fait à ne laisser à un associé aucune part appréciable dans les bénéfices espérés. Or, il résulte de la définition même de la société (art. 1832) qu'elle constitue un contrat formé en vue de partager un bénéfice pouvant résulter de son exécution. *La possibilité de partager* un bénéfice paraît donc essentielle et, à ce point de vue, l'art. 1855 paraît inutile. Quand on fait un apport en vue d'obtenir un bénéfice, il est manifeste

(*) Art. 1855. — L. 9, § 2, L. 30, D. 17, 2, *Pro socio.*

que l'apport n'a pas sa contre-partie si le bénéfice fait défaut parce que l'économie du contrat ne permet pas de le réclamer. Le contrat est nul faute d'objet ou, suivant la formule courante, faute de cause (Voy. t. VII, nos 77 et 78).

De ce que, dans la théorie de la loi, la possibilité d'un partage est essentielle, il suit que toute clause excluant cette possibilité est nulle, notamment la clause attribuant tous les bénéfices de la société au survivant des associés (1), et il importe peu que, dans l'ancien droit, quelques auteurs aient soutenu le contraire (2). Une semblable clause comprend quelquefois les mises elles-mêmes.

Ce sont là des dispositions gratuites dissimulées dans les clauses particulières d'un contrat de société; si donc elles interviennent entre plus de deux personnes, elles cachent, en outre, de véritables substitutions fidéicommissaires frappées de nullité par l'art. 896. Chaque associé dispose, en effet, non seulement de sa part, mais aussi de ce qui lui reviendra du chef du prédécès de ses associés (3).

Mais la possibilité d'un partage ne serait pas exclue par la clause n'attribuant des bénéfices à un associé que si le total des bénéfices atteint un certain chiffre (4), ou lui donnant le choix entre une part dans les bénéfices et une somme fixe annuelle (5) n'absorbant pas, ou à peu près, la totalité des bénéfices (6) ou privant l'associé gérant de sa part dans les bénéfices si les dépenses dépassent un certain chiffre (7).

82. Le Code considère également comme léonine la clause

(1) DUVERGIER, n° 268; LAURENT, t. XXVI, n° 288.
(2) *Contrà*, Rouen, 31 juill. 1867, sous Cass. 17 août 1868, S. 69, 1, 22; PONT, n° 441; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 44.
(3) Voy. cep. Cass. Belge, 3 mai 1880, *Pas.*, 80, 1, 170.
(4) POTHIER, *Société*, n° 13; PONT, n° 441; GUILLOUARD, n° 237.
(5) Voy. Cass. 9 juill. 1883, S. 88, 1, 477.
(6) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 45.
(7) Cass. 15 nov. 1858, S. 59, 1, 382; AUBRY et RAU, § 377, texte et note 15; PONT, n° 444; GUILLOUARD, n° 238.

qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par un ou plusieurs associés.

C'est une disposition injustifiable, peu réfléchie, contraire à l'ancien droit et repoussée par certains codes modernes (art. 1855, C. C. Néerlandais). Il faut remarquer encore que d'après la définition donnée par l'art. 1832, la contribution aux pertes n'est pas de l'essence de la société. La prohibition de l'art. 1855 qui ne concerne textuellement que les sommes et effets mis dans la société, s'applique aussi par la force des choses à l'apport en industrie qui est perdu pour l'apporteur si la société est en déficit (1).

83. Pour comprendre la véritable portée de l'art. 1855, § 2, il faut distinguer entre l'*obligation* aux dettes ou pertes vis-à-vis des tiers et la *contribution* aux pertes entre les associés.

Vis-à-vis des créanciers sociaux chaque associé est tenu pour sa part et portion virile dans la dette, quelle que soit d'ailleurs l'importance de son apport (art. 1863). Les créanciers sociaux peuvent donc se faire payer sur les biens composant le fonds commun, et sur le patrimoine personnel de chacun des associés. Dans le système que nous croyons être celui du Code, la société ne forme pas un être moral distinct des associés; il n'y a donc pas de société débitrice, il y a des associés débiteurs (2), et c'est bien en présence d'une telle situation que statue l'art. 1855.

L'associé est co-propriétaire par indivis des choses qui composent le fonds social. Les créanciers ne peuvent pas saisir les biens indivis et les faire vendre tant que dure la société, car ce serait provoquer la dissolution de la société, et ils n'ont pas ce droit. Ils doivent donc attendre la dissolution de la société pour faire valoir leurs créances sur les choses mises au lot de leur débiteur (3).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 779.
(2) LAURENT, t. XXVI, n° 357.
(3) LAURENT, *loc. cit.*, n° 356.

Mais si les créanciers ne veulent pas agir sur la masse sociale, ils ne sont pas obligés d'en attendre la liquidation et le partage. Ils agiront contre un de leurs débiteurs sur les biens personnels de celui ci pour avoir paiement de sa part et portion virile dans la dette.

Supposons que l'associé poursuivi ait payé sa part virile; il est libéré de son obligation. Si sa part virile était supérieure à sa part contributoire, il aura le droit de recourir contre ses co-associés. Ainsi, par exemple, il n'y a que deux associés, et l'un deux a été obligé de payer sa part virile, c'est-à-dire la moitié de la dette, alors que, d'après le contrat, il ne devait contribuer aux dettes que pour un quart; il aura son recours pour un quart.

Or, nous supposons que le contrat porte qu'il ne devra contribuer à ce paiement dans aucune proportion; que lors de la liquidation, il pourra opérer le prélèvement par privilège du montant de son apport sur l'actif social, avec cette précision, qu'en cas d'insuffisance, l'autre associé s'engage personnellement à lui rembourser ce qui manquera en capital et intérêts. C'est cette convention affranchissant un apport de toute contribution aux dettes qui est annulée par l'art. 1855 § 2 (1). Mais on peut valablement stipuler qu'un associé ne sera tenu de contribuer que jusqu'à concurrence de sa mise, ses autres biens demeurant absolument affranchis de toute contribution (2).

Cette clause n'ayant trait qu'à la contribution ne concerne pas les tiers, quand même elle figurerait dans les statuts régulièrement publiés d'une société ayant pris la forme commerciale. Il ne faut pas la confondre, en effet, avec la clause bien différente qui limiterait, à l'égard des tiers, l'obligation des associés à leur mise, comme dans une commandite. Cette clause produira son effet, à l'égard des créanciers, par son

(1) Liège, 5 déc. 1888, *Pas.*, 89, 2, 77.
(2) Cass. 2 avr. 1889, *Pand. franç.*, 91, 1, 21.

insertion dans les statuts publiés, s'il s'agit d'une société soumise par la loi aux conditions ordinaires de publicité, ou par son insertion dans le contrat qui sert de titre aux créanciers (1) s'il s'agit d'une société non soumise à des formalités de publicité.

Nous rappelons que la jurisprudence considère les sociétés civiles, même quand elles n'ont pas revêtu la forme commerciale, comme douées de la personnalité civile. Mais comme cette décision ne saurait assujettir ces sociétés à une publicité quelconque, il en résulte une doctrine tronquée ne pouvant se soutenir que par des distinctions multiples et arbitraires.

Il règne, d'ailleurs, sur les points ci-dessus examinés, une grande confusion dans la doctrine qui ne distingue pas suffisamment entre *la contribution* et *l'obligation*, et paraît conclure de l'une à l'autre (2).

84. La prohibition de l'art. 1855 § 2 est si peu justifiée, que la jurisprudence, tout en l'appliquant quelquefois (3), la fait en quelque sorte disparaître par sa facilité à admettre, pour maintenir la validité d'une société attaquée sur ce terrain, la possibilité d'une contribution aux dettes.

Ainsi, dans une espèce où un commanditaire avait cédé sa part des bénéfices à quelques-uns de ses associés, moyennant une prestation annuelle payable pendant la durée de la société seulement, la Cour de cassation a décidé que cette opération était valable, parce que le juge du fond avait constaté qu'à l'époque où elle avait été conclue, cette stipulation n'avait pas pour effet d'exonérer le cédant de toute chance de perte du capital par lui engagé, à raison de la possibilité d'une liquidation à bref délai de la société (4).

(1) Cass. 2 juill. 1884, S. 86, 1, 169; Cass. 21 fév. 1883, S. 84, 1, 361.
(2) Voy. GUILLOUARD, n° 242.
(3) Cass. 11 juill. 1894, S. 94, 1, 452.
(4) Cass. 9 juill. 1885, S. 88, 1, 477.

Dans une autre espèce, la Cour de cassation commence par admettre qu'il faut considérer comme ayant été avancée non à titre de prêt, mais à titre d'apport dans une société, la somme versée à un associé par un tiers, avec stipulation que ce dernier ne recevra aucun intérêt, mais seulement la moitié des bénéfices qui pourraient être réalisés. Cet apporteur est donc devenu associé. La Cour a ensuite décidé que l'engagement pris par le coassocié de rembourser à cet apporteur le montant intégral de la somme versée, sans pouvoir lui faire supporter les pertes de la société, n'est pas cependant exclusif de toute participation aux pertes, l'apporteur dont il s'agit n'ayant mis en commun que la jouissance d'un capital, dans les termes de l'art. 1851. — Or cette jouissance reste nécessairement soumise aux pertes qui viendraient affecter la société, et l'apporteur se trouve ainsi exposé à ne rien retirer de ses fonds (1). — Le procédé pour affranchir complètement un apport en capital de toute contribution aux pertes est désormais trouvé : il suffira de le décorer du nom d'apport en jouissance. — Une modification législative serait préférable.

85. Un autre procédé pourrait consister dans l'assurance de l'apport contre toute chance de perte. Il est certain qu'un associé pourrait faire assurer par un tiers étranger à la société sa part sociale (2). — Mais pourrait-il faire assurer sa mise par un ou plusieurs de ses associés? Non, a d'abord répondu la jurisprudence (3), sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où la convention d'assurance était insérée dans l'acte même de la société, et celui où elle résulterait d'un acte postérieur au contrat (4). Pourquoi? parce que

(1) Cass. 20 déc. 1893, S. 94, 1, 486.

(2) Cass. 18 mars 1890, D. 90, 1, 411; PONT, n° 458; GUILLOUARD, n° 245.

(3) Cass. 16 janv. 1867, S. 67, 1, 173; Paris, 14 avr. 1883, D. 84, 2, 122.

(4) Cass. 14 juin 1882, D. 84, 1, 222.

l'art. 1855 ne permet pas d'affranchir l'un des associés de toute contribution aux pertes (1). Mais comment peut-il se faire qu'un contrat accessoire qui pourrait valablement être conclu entre un associé et un tiers, ne puisse pas avoir lieu entre deux associés? Il semble que le législateur se soit laissé entraîner par cette équivoque qu'un apport affranchi de toute contribution aux dettes cesserait de constituer un élément de crédit pour la société. Aussi la Cour de cassation paraît vouloir revenir sur sa jurisprudence, et elle a décidé en dernier lieu que la clause imposant au gérant l'obligation de contracter une assurance sur la vie, dont le capital serait payable après son décès à l'un des associés, au cas où celui-ci ne pourrait retirer sa mise, n'est pas contraire à la défense d'affranchir de toute contribution aux pertes les sommes ou effets apportés par l'un des associés (2); or il est parfaitement indifférent que la somme nécessaire pour couvrir un associé de ses pertes soit prise directement dans le patrimoine de celui qui la doit, ou obtenue au moyen d'une assurance contractée par ce dernier. Mais, a-t-on dit, si une telle jurisprudence se généralisait, la prohibition de l'art. 1855 § 2 serait absolument comme non avenue.... Nous nous bornons à faire remarquer que, pour éviter ce résultat, il faudrait aller jusqu'à défendre l'assurance de la mise par un tiers. Or, si cela n'est pas possible, on ne voit pas comment on pourrait prohiber l'assurance de la mise par un associé. La remarque prouve d'ailleurs que les dispositions peu réfléchies laissent toujours place à des surprises.

86. Il est du reste impossible de ne pas reconnaître que les rédacteurs du Code civil ne se sont absolument rendu aucun compte de la nature des prohibitions qu'ils édictaient

(1) AUBRY et RAU, § 377, texte et note 10; PONT, nos 455 et suiv.; LAURENT, t. XXVI, n° 293; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 46; GUILLOUARD, nos 243-244; PLANIOL, note dans D. 90, 1, 409.

(2) Cass. 9 juin 1890, D. 90, 1, 409; Aix, 4 nov. 1886, S. 88, 2, 73.

dans l'art. 1865 : « La société, disait Treilhard, est un contrat consensuel, et *la loi ne peut voir de consentement véritable* dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit et dont l'intérêt commun des parties ne serait pas la base (1). » Bouteville, s'adressant au Tribunat, disait de son côté : « Si le projet a le soin d'ajouter qu'une convention qui donnerait à l'un des associés tous les profits et l'affranchirait de toutes les pertes, n'est pas une société... C'est principalement pour ne pas laisser oublier que jamais la violence, la force, ne produisent de véritables droits, de convention légitime (2). »

Qu'est-ce que tout cela peut vouloir dire? Est-ce qu'il s'agirait d'une nullité dérivant d'un vice du consentement, dol, violence, etc.? Evidemment non, car s'il en était ainsi, la nullité pourrait être couverte par une ratification, ce qui heurterait le bon sens juridique (3). Il s'agit, comme nous l'avons déjà fait observer, d'une nullité dérivant du défaut d'objet ou de cause, comme disent les auteurs, C'est le contrat tout entier qui est, non pas annulable, mais inexistant, à raison de l'absence d'un élément essentiel pour son existence et non pas seulement pour sa validité.

Par conséquent la société léonine ne sera pas liquidée, comme le veulent quelques auteurs (3), d'après les bases admises par la loi pour les sociétés qui ont existé, c'est-à-dire en proportion des mises de chacun. Il faudra, pour le passé, la liquider comme simple communauté de fait; chaque associé aura droit à la reprise de son apport, sous déduction des retirements déjà opérés, les pertes et les bénéfices

(1) *Exposé des motifs au C. législ.*, FENET, t. XIV, p. 395.
(2) *Rapp. au Trib.*, FENET, t. XIV, p. 411.
(3) Voy. Bruxelles, 11 janv. 1878, *Pas.*, 78, 2, 100.
(4) AUBRY et RAU, § 377; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 48; Comp. Liège, 5 déc. 1888, *Pas.*, 89, 2, 77.

devant, comme en l'absence de toute convention, se partager par portions égales (1).

N° 4. — *Administration d'une société.*

87. — Diverses espèces de gérants, associés ou non, statutaires ou non, dans les sociétés civiles ordinaires, art. 1856.
88. — Révocation et démission du gérant.
89. — Suite.
90. — Pouvoirs du gérant.
91. — Cas où le pouvoir d'administrer est donné à plusieurs associés, art. 1857, 1858; ce dernier article est-il applicable dans les cas d'urgence?
92. — Cas où le pacte social ne règle pas le mode d'administration, art. 1859.
93. — Droit d'opposition appartenant aux associés.
94. — Des actes dépassant les limites ordinaires de l'administration.
95. — Du pouvoir d'aliéner, art. 1860 Signification de ce texte.
96. — Possibilité pour chaque associé de s'associer un croupier, art. 1861. Ce texte était inutile à tous les points de vue; condition du croupier.
97. — Règles pour l'administration des sociétés civiles constituées par actions; d'abord dans la commandite,
98. — Ensuite dans la forme anonyme.

87. Les art. 1848, 1849 et 1850 ci-dessus expliqués nous ont montré que les obligations réciproques des associés peuvent être rendues plus étroites quand ils se sont donné mutuellement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Mais le plus souvent c'est un associé qui est spécialement chargé de l'administration.

ART. 1856. L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude. — Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat.

La loi distingue donc entre les gérants ou administrateurs statutaires et les administrateurs simples mandataires.

(1) Trib. comm. Gand, 7 oct. 1876, *Cl. et B.*, 78-79, 1182; LAURENT, t. XXVI, n° 295; GUILLOUARD, n° 247.

Les premiers sont en principe irrévocables, puisque leur nomination résulte d'une clause formelle du contrat. Il en est autrement des seconds.

Du reste, les dispositions de l'art. 1856 et celles des art. 1857 et 1858 qui les complètent ne sont à suivre qu'à défaut de stipulations spéciales ayant pour but de régler le mode d'administration de la société.

Les associés peuvent choisir comme gérant ou administrateur soit un associé, soit un individu étranger à la société. Dans ce dernier cas, si la désignation du gérant résultait d'une clause insérée dans l'acte de société, le gérant serait irrévocable, car sa nomination personnelle a été envisagée par tous les intéressés comme une des conditions du pacte social (1).

88. Tout gérant, associé ou non, désigné dans un acte postérieur au contrat de société, est révocable. Il pourrait cependant être déclaré irrévocable si tous les associés sont d'accord sur ce point. Rien n'empêche, en effet, de stipuler irrévocable le mandat qui est le moyen ou le mode d'exécution d'un autre contrat (2).

Le gérant, quand il est irrévocable, peut néanmoins, selon les termes de l'art. 1856, être *révoqué* pour cause légitime (infidélité, incapacité, infraction aux lois du contrat). L'expression est équivoque; il ne s'agit pas, en effet, de le révoquer comme mandataire, mais de le *destituer* comme agent (3). Le gérant statutaire n'est pas, en effet, un mandataire; c'est une partie qui n'exécute pas les obligations dont elle était tenue. Voilà pourquoi la destitution dont il s'agit doit être demandée en justice. Il s'agit d'une sorte de

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 304; Comp. ARNTZ, t. IV, n° 1302; *Contrà*, PONT, n° 498; GUILLOUARD, n° 136.

(2) Cass. Belge, 26 fév. 1885, S. 89, 4, 22; Comp. Cass. 6 janv. 1873, D. 73, 1, 116.

(3) LAURENT, t. XXVI, n° 305.

résolution qui sera prononcée faute par l'administrateur d'avoir exécuté les engagements qu'il avait contractés. Cette inexécution a engagé la responsabilité du gérant vis-à-vis de chacun des associés. Donc chacun des associés a le droit individuel de provoquer la révocation dont il s'agit (1). La révocation ou destitution sera donc une mesure émanée de l'autorité judiciaire, et non des associés eux-mêmes (2).

La Cour de cassation, entraînée par ces deux idées, 1° que la société est un être de raison ; 2° que le gérant est un mandataire, et mandataire de la société, décide que l'action en révocation est une action sociale qui ne peut être intentée que par la société (3).

89. Le gérant statutaire ne peut, en donnant sa démission, s'affranchir des obligations qu'il a acceptées. Il ne peut abandonner la gérance qu'en obtenant le consentement de tous ses associés. Il le peut, cependant, quand il a, pour la faire, des raisons sérieuses, le grand âge, par exemple, et l'affaiblissement qui en résulte. Ces raisons, du reste, seront appréciées par les juges du fait (4).

Le gérant simple mandataire peut au contraire renoncer à son mandat, conformément à l'art. 2003, pourvu que sa renonciation ne soit pas intempestive. Il peut être révoqué sans intervention de justice. Mais faut-il, pour la validité de cette révocation, l'unanimité des associés, ou la volonté de la majorité? La volonté d'un seul ne suffirait-elle pas?

Nous pensons qu'il faut distinguer.

Si la nomination du gérant mandataire a été faite spontanément, par un acte postérieur au pacte social, chacun des associés ayant individuellement le droit d'administrer, a pu

(1) PONT, n° 508; GUILLOUARD, n° 134; *Contrà*, DUVERGIER, n° 293; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 785.

(2) ARNTZ, t. IV, n° 1302.

(3) Cass. 12 août 1889, D. 90, 1, 457.

(4) Cass. 8 déc. 1890, S. 91, 1, 68.

considérer qu'il agissait individuellement en concourant à la nomination d'un mandataire commun, et dans ce cas il entre dans l'intention probable des parties, que la volonté d'un seul des associés suffise pour faire tomber le mandat de l'administrateur.

Si au contraire la nomination du gérant a été faite postérieurement au pacte social, mais en vertu d'une clause spéciale de ce pacte, il semble résulter de l'intention des parties dont aucune n'avait eu le droit individuel d'administrer, que la révocation de l'administrateur mandataire ne pourrait avoir lieu que du consentement de la majorité des associés. Mais ne faut-il pas aller plus loin, et décider que le consentement unanime de tous les associés sera nécessaire, pour la révocation, puisque ce consentement unanime a été exigé pour la nomination (1)? Nous ne le pensons pas : il est certain que les associés n'ont pas entendu créer un mandataire irrévocable, et il est permis de supposer qu'aucun n'a voulu s'engager à maintenir le gérant, si un seul des associés s'opposait à sa révocation (2).

La révocation, prononcée par justice, du gérant statutaire, entraîne la dissolution de la société, à moins que les associés ne s'accordent pour la continuer. Au contraire, la société n'est pas dissoute par la révocation de l'administrateur ou gérant simple mandataire.

La mort de l'administrateur, l'expiration du temps pour lequel il a été nommé, mettent fin à la gestion. Dans ce dernier cas, si le pacte social n'a rien stipulé, la société sera gérée conformément à l'art. 1859.

90. Les pouvoirs du gérant sont ordinairement déterminés par l'acte qui le nomme.

S'il n'y a eu à cet égard aucune détermination précise,

(1) *Sic*, LAURENT, t. XXVI. n° 306.

(2) Comp. DUVERGIER, n° 293; AUBRY et RAU, § 382, texte et note 1; PONT, n° 511; GUILLOUARD, n° 135.

l'administrateur peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de l'administration pourvu que ce soit sans fraude, dit l'art. 1856. Cela signifie que ces actes seront valables malgré l'opposition des autres associés sauf le droit de révocation qui appartient à ceux-ci dans les conditions ci-dessus spécifiées.

Mais en quoi pourront consister ces actes? Il n'est pas possible de les comprendre dans une formule précise s'appliquant à toute espèce de sociétés. Il faudra, pour chaque société, tenir compte du but final en vue duquel a été constituée la société envisagée.

On peut cependant décider, d'une manière générale, que l'administrateur dont il s'agit ne peut pas transiger, ni compromettre. Pourrait-il emprunter? D'après une certaine opinion, il y aurait là une question de fait à apprécier selon les nécessités de la gestion, l'importance de la somme empruntée, l'époque fixée pour le remboursement, etc. (1). Il nous paraît que c'est au contraire une question de droit. L'emprunt conduisant à l'aliénation forcée est toujours interdit au gérant (2). A plus forte raison doit-il en être ainsi de l'hypothèque sur les immeubles de la société (3).

Le gérant peut faire des baux, il peut aussi devenir locataire au nom de la société. Dans tous les cas, les tiers avec qui le gérant traitera, prévenus par sa qualité qu'il n'est pas propriétaire, agiront prudemment en se faisant représenter l'acte de société afin de vérifier si les pouvoirs du gérant ont été limités. En cas de contestation ultérieure, les tribunaux décideront d'après les circonstances et eu égard aux besoins sociaux, si les baux consentis sont valables (4).

(1) PONT, n° 524.

(2) Cass. 22 août 1844, S. 45, 2, 209; Alger, 18 mai 1863, S. 63, 2, 156, LAURENT, t. XXVI, n° 309; GUILLOUARD, n° 125; Comp. Cass. 18 juin 1872, S. 73, 1, 19.

(3) Cass. 27 janv. 1868, S. 68, 1, 53.

(4) LAURENT, t. XXVI, n° 307; GUILLOUARD, n° 127.

Le gérant n'aurait pas le pouvoir de faire des innovations non prévues par le pacte social aux immeubles de la société s'il devait en résulter une transformation. Si, nonobstant les oppositions des associés ou à leur insu, le gérant avait fait certaines innovations, il ne pourrait réclamer que la plus-value, si elles avaient été utiles. Si ces entreprises avaient été inutiles ou nuisibles, le gérant n'aurait droit à rien; il pourrait même être tenu de rétablir les lieux dans leur ancien état.

Les innovations aux meubles doivent être interdites, à moins qu'elles ne soient commandées par les besoins ou les progrès de l'industrie. D'après une opinion très accréditee, le gérant aurait le droit de faire aux meubles et aux immeubles de la société toutes les innovations nécessitées par le but ou par le fonctionnement de la société, mais il ne pourrait en faire d'autres (1).

91. Il arrive souvent que le pouvoir d'administrer est donné à plusieurs associés.

ART. 1857. Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration.

ART. 1858. S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration.

On soutient que, par la force des choses, cette dernière disposition ne saurait recevoir d'application dans les cas d'urgence. Nous ne comprenons pas, en présence des termes formels de la loi, comment un doute quelconque a pu s'élever sur ce point (2).

On allègue que les associés, en stipulant que les administrateurs ne pourraient agir qu'ensemble, n'ont en vue que

(1) Comp. Cass. 17 avr. 1855, S. 55, 1, 652; Cass. 14 fév. 1853, S. 53, 1, 424; DUVERGIER, n° 321; PONT, n° 518; GUILLOUARD, n° 129.
(2) PONT, t. II, n° 707; LAURENT, t. XXVI, n° 312.

les cas ordinaires. « Il s'agit, par exemple, d'une société de mines, il y a trois administrateurs, deux sont en voyage à l'étranger, un sur la mine; on craint un éboulement ou une inondation de la mine. Comment l'administrateur présent pourrait-il hésiter à ordonner les travaux nécessaires pour éviter un désastre, et les tribunaux à proclamer la validité des ordres par lui donnés (1)? »

Nous poserons la question autrement : si l'administrateur présent ne veut rien faire parce que le pacte social lui défend d'agir seul, engagera-t-il sa responsabilité et pourra-t-il être accusé d'avoir méconnu son mandat? Qui oserait le soutenir en présence d'une clause prohibitive formelle qui ne fait aucune distinction entre les cas ordinaires et les cas d'urgence? L'administrateur isolé n'est donc plus un mandataire et ne peut rien faire en cette qualité. Mais ce qu'il ne peut pas faire comme mandataire, il pourra le faire comme *negotiorum gestor*. C'est précisément pour les hypothèses de cette nature que la gestion d'affaires peut se concevoir. Il s'agit presque toujours d'un mandataire que les circonstances, que l'*urgence* forcent à sortir des limites de son mandat (Voy. t. VIII, n° 386), et alors nous répondrons à la question ci-dessus posée : Non, l'administrateur présent n'hésitera pas à ordonner, comme *negotiorum gestor*, les travaux nécessaires et les tribunaux n'hésiteront pas davantage à proclamer la validité des ordres par lui donnés.

92. Si le pacte social ne contient absolument aucune indication sur le mode d'administration, il est certain que chacun des associés a entendu conserver un droit égal et semblable à celui des autres.

ART. 1859. A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes : — 1° Les as-

(1) GUILLOUARD, n° 131; Conf. DURANTON, t. XVII, n° 438; DUVERGIER, n° 303; AUBRY et RAU, § 382, texte et note 3; Bruxelles, 8 mai 1862, *Pas.*, 62, 2, 321.

sociés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait, est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue. — 2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. — 3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. — 4° L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent (*).

Ce texte ne peut recevoir d'application qu'à l'égard des sociétés civiles ordinaires qui ne constituent pas des personnes morales. C'est un nouvel argument contre la jurisprudence qui reconnait la personnalité juridique à toutes les sociétés civiles.

Dans les sociétés qui sont des personnes morales, par exemple dans les sociétés de mines, ce sont les administrateurs qui seuls représentent la société, il n'y a pas de place pour le mandat réciproque dont parle le texte (1).

La réglementation reposant sur ce mandat réciproque : « N'est pas autre chose, suivant une remarque fort juste, que la consécration des droits naturels de chaque membre de la société; en sorte qu'il est vrai de dire que, même dans le cas où elle intervient pour régler le mode d'administration, la loi ne fait que traduire la volonté présumée des parties (2). »

Au contraire, d'après quelques auteurs : « L'art. 1859 pose un principe anarchique : le principe qu'à défaut de stipulation expresse, les associés ont chacun un droit égal à la gestion (3). » — « Sans doute les parties peuvent par l'ex-

(*) Art. 1859. — L. 12, 28, D. 10, 3, *Comm. dividundo.*

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 423; FÉRAUD-GIRAUD, *Code des mines*, n° 790; GUILLOUARD, n° 364.

(2) PONT, n°s 494-495.

(3) DUVERGIER, n° 7.

pression de leur volonté, organiser une administration, mais ce n'est pas assez de leur avoir laissé cette faculté, *car il est à craindre qu'elles n'en fassent pas un bon usage...* (1) ».

En conséquence, on conclut : « Que le législateur eût mieux fait de confier l'administration à l'un ou à quelques-uns seulement des associés, et d'*obliger* les parties à suivre un système d'unité dans l'administration de la société (2). » — « Il faut, en effet, que les prétentions individuelles, les droits personnels de chacun, s'effacent, disparaissent et viennent expirer devant un pouvoir régulièrement établi, dans le sein même de l'association .. (3) ».

Tout commentaire paraît inutile.

Dans le régime reconnu par la loi, chaque associé est administrateur et peut agir au nom de tous en vertu d'un mandat tacite. Ce système ne présente aucun inconvénient quand il n'y a qu'un petit nombre d'associés. Ils ont pu sérieusement avoir confiance les uns dans les autres parce qu'ils se connaissaient bien. Si leur nombre est considérable leur intérêt leur fera choisir le meilleur mode d'administration applicable au but de la société. S'ils ont préféré n'en choisir aucun, il serait absurde et antijuridique de prétendre leur en imposer un.

93. En pareille hypothèse, il a paru suffisant à chacun des associés de conserver un *droit d'opposition*. Cela n'avait même pas besoin d'être dit, car le droit d'opposition est l'exercice même du pouvoir d'administration qui appartient à tous les associés (4). Par conséquent, les associés ou l'un d'eux ont le droit de s'opposer à une opération envisagée avant qu'elle soit conclue. Mais comme le droit de l'un est égal à celui des autres, il en résulte que si l'un des associés

(1) DUVERGIER, n° 7.
(2) GUILLOUARD, n° 122.
(3) DUVERGIER, *loc. cit.*
(4) LAURENT, t. XXVI, n° 319.

s'oppose à l'opération, celle-ci ne peut avoir lieu. L'opposition est donc péremptoire, et devait être péremptoire à peine de n'être qu'un vain mot. En définitive les parties se sont associées sous cette condition que les opérations sociales ne pourraient être faites qu'en vertu de l'assentiment exprès ou tacite de tous. C'est ce que veut dire l'art. 1859.

La doctrine et la jurisprudence décident cependant que les associés qui veulent faire l'opération peuvent provoquer une délibération générale des associés, et agir ensuite si la majorité se prononce dans ce sens. Les raisons données à l'appui de cette solution arbitraire sont des plus singulières. On reconnaît que l'art. 1859 a la signification que nous lui avons donnée; mais, dit-on, ce texte se borne à mettre en présence l'associé qui veut agir et celui qui s'y oppose, il déclare que l'opposition faite en temps utile arrêtera l'acte projeté; or, le texte ne dit pas ce qui arrivera après, lorsque tous les associés seront convoqués pour délibérer sur la mesure qu'il s'agit de prendre, et alors il faudra se conformer à l'avis de la majorité (1) sur la formation de laquelle on n'est pas d'ailleurs d'accord (2). Sans doute il pourra arriver que les choses se passent ainsi, mais le plus souvent c'est précisément dans une assemblée générale réunie pour examiner l'acte projeté, que se produira l'opposition d'un ou de quelques-uns des associés, et c'est cette opposition qui doit être péremptoire. C'est là ce que les parties ont voulu. Par conséquent, alors même qu'il existerait une prétendue règle *de bon sens et de pratique*, d'après laquelle on doit se conformer à l'avis de la majorité, il faudrait reconnaître que les parties y ont dérogé en adoptant un régime qui exige l'unanimité (3).

(1) GUILLOUARD, n° 144; Conf. DUVERGIER, n°s 286-287; AUBRY et RAU, § 382, texte et note 8; PONT, n° 565.

(2) Voy. en sens divers : LAURENT, t. XXVI, n° 321; DUVERGIER, n° 289; PARDESSUS, n° 979; PONT, n° 566; GUILLOUARD, n° 146.

(3) LAURENT, t. XXVI, n° 319; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 786.

On objecte que si les associés sont plus de deux, « il ne serait pas moins difficile d'obtenir l'unanimité des opinions que déraisonnable de ne rien faire, parce que tous les intéressés ne seraient pas d'accord (1) ». Il ne s'agit pas de ne *rien faire*, mais de ne pas faire un certain acte sur lequel les intéressés ne sont pas d'accord. Est-ce qu'il y aurait quelque difficulté si les parties, par une clause formelle des statuts, avaient déclaré que l'unanimité préalable serait nécessaire pour toute espèce d'acte? Or la loi présume cette clause dans l'art. 1859. D'ailleurs, si l'opposition de l'un des associés entrave la marche normale de la société, les autres associés peuvent demander la dissolution de la société (arg. art. 1871).

Tout ce qui est fait au mépris d'une opposition est nul dans les rapports des associés entre eux. Mais l'acte pourrait être valable dans les rapports des associés avec les tiers qui, n'ayant pas eu connaissance de l'opposition, seraient fondés à invoquer l'art. 2005.

94. Il faut remarquer que lorsqu'il s'agit d'un acte dépassant les limites de la simple administration, s'il s'agit d'aliéner ou d'un changement à apporter dans l'organisation ou dans le fonctionnement de la société, tout le monde reconnait, même ceux qui accordent à la majorité le droit de lier la minorité pour les actes d'administration, que l'unanimité est nécessaire. Cette unanimité serait encore nécessaire pour autoriser des dépenses utiles ayant pour but, non la conservation des choses de la société, mais leur développement ou leur amélioration. Elle n'est pas exigée, quant aux dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société (art. 1859 § 3). Chaque associé peut donc les faire valablement, pourvu que le capital social soit suffisant pour les payer. Dans le cas contraire, le capital social

(1) PARDESSUS, *Cours de Dr. comm.*, t. IV, n° 979.

devrait être augmenté, et cette augmentation ne peut avoir lieu que du consentement de tous les associés.

Si la société civile ordinaire constituait une personne morale, comme le décide la jurisprudence, les associés en mettant une chose en société en perdraient la propriété, et ne pourraient plus en user comme propriétaires. Mais nous savons qu'il n'en est pas ainsi, ils deviennent simplement co-propriétaires. Ils doivent donc avoir les droits qui appartiennent aux co-propriétaires.

En conséquence, l'art. 1859 § 2 déclare que chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, c'est-à-dire à tous, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit.

95. Mais il est manifeste que ce droit ne comporte pas la faculté d'aliéner :

ART. 1860. L'associé qui n'est point administrateur, ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société (*).

Si ce texte ne veut pas dire autre chose, il semble inutile, car pour aliéner il faut être propriétaire exclusif. Mais il a une autre portée, il est le complément de l'art. 1859.

Dans la situation envisagée par l'art. 1859, les associés se sont donné mandat réciproque pour administrer. On peut dire qu'ils sont tous administrateurs. Mais aucun d'eux ne peut s'attribuer la qualité d'*administrateur de la société*, c'est-à-dire *gérant*, et jamais il ne pourra disposer des choses sociales, quand même il s'agirait de choses destinées à être vendues. Le mandat tacite dont il est investi ne va pas jusque-là.

Au contraire, l'administrateur proprement dit, celui qui est investi de cette qualité par le pacte social, pourra aliéner

(*) Art. 1860. — L. 68, D. 17, 2, *Pro socio*.

les choses destinées à être vendues, et en le faisant il ne dépassera pas les termes de son mandat.

C'est ce que décidait Pothier (1), dont le Code a voulu traduire la pensée (2).

Il est indéniable que le mandat formel contient quelqu chose de plus que le mandat réciproque implicite de l'art. 1859; il ne va pas, en principe, jusqu'à donner le pouvoir d'aliéner sans distinction, mais il comprend le pouvoir d'aliéner les choses destinées à être vendues.

L'art. 1860 n'empêche pas un associé d'aliéner sa part indivise dans un effet social. Mais cette aliénation ne pourra conférer aucun droit actuel à l'acquéreur et ne nuira point aux droits des autres associés. L'effet restera dans le patrimoine commun et sera compris dans le partage. Le résultat du partage montrera si le tiers à qui l'associé a voulu transmettre sa part indivise est devenu propriétaire. Si la chose tombe au lot de l'associé vendeur, la vente est valable; si elle est mise au lot d'un autre associé, la vente disparaît (3).

Puisque un associé peut aliéner sa part dans le sens qui vient d'être indiqué, il est tout naturel que ses créanciers personnels puissent saisir cette part et la faire vendre. Mais l'adjudicataire de cette part ne pourra provoquer le partage de la société qu'à sa dissolution, et, en attendant, ne pourra s'immiscer dans les affaires de la société (4).

96. Au lieu d'aliéner complètement sa part indivise, un associé peut l'employer à former avec une tierce personne qu'on appelle croupier, une petite société ayant pour objet le partage des bénéfices et pertes revenant à cette part dans la société première.

(1) *De la société*, nos 89 et 66.

(2) AUBRY et RAU, § 382, texte et note 5; LAURENT, t. XXVI, no 327; *Contrà*, GUILLOUARD, no 141; Cass. 10 mars 1818, S. C. N, V, 1, 448.

(3) Voy. LAURENT, t. XXVI, no 328.

(4) AUBRY et RAU, § 381, texte et notes 3-5; GUILLOUARD, no 252.

ART. 1861. Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société : il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration (*).

La première disposition du texte était inutile à formuler; le droit de s'associer un croupier ne pouvant faire question.

La deuxième proposition était encore plus inutile. Treillhard a cru nécessaire de la justifier en déclarant que « *la confiance personnelle* est la base du contrat de société et que l'ami de notre associé peut n'avoir pas notre confiance (1) ». Cela est vrai mais n'a aucun rapport avec la question. Il n'y a pas en effet un seul contrat ayant ou n'ayant pas pour base *la confiance personnelle* des intéressés, dans lequel une des parties pourrait faire entrer un étranger sans le consentement des autres.

Ce consentement peut résulter d'une clause insérée dans les statuts permettant à un associé de se substituer un tiers ou bien, si les statuts ne contiennent pas une clause semblable, d'un acte dérogeant aux statuts et donnant à un associé, par le consentement unanime des autres, la faculté de se substituer un tiers. La preuve de ce consentement spécial devra être fournie suivant les règles du droit commun (2).

Si le capital de la société est divisé par actions, il résulte de ce mode de division que les associés ont accepté d'avance, pour faire partie de la société, les tiers que chaque associé peut se substituer. C'est un point que nous avons établi plus haut. Il n'y a alors qu'une association de capitaux.

Dans le cas précédent, quand il y a association de personnes, et que l'acte social, ou un acte subséquent, permet à un associé de céder son intérêt à un tiers, il arrive souvent que l'acte social réserve à la société un droit de préférence

(*) Art. 1861. — L. 19, D. 17, 2, *Pro socio*.
(1) FENET, t. XIV, n° 400.
(2) PONT, n° 606; LAURENT, t. XXVI, n° 333; GUILLOUARD, n° 254.

sur cette part, droit fort improprement désigné par le nom de *retrait social* et dont l'exercice est réglé par la convention.

Quand il s'agit d'un croupier, il faut observer que, dans ses rapports avec l'associé avec qui il a traité, le croupier sera considéré soit comme un acheteur, soit comme un associé, suivant qu'il aura acquis toute la part de l'associé, ou seulement une partie des droits de ce dernier.

C'est surtout dans les associations en participation que l'on rencontre des croupiers. Celui qui a traité avec des sous-associés ou croupiers, est réputé les avoir valablement représentés dans tous les actes de gestion ou d'administration jugés utiles ou nécessaires à la bonne conduite de l'entreprise. Le croupier n'est donc pas recevable à former contre le participant à la part duquel il est associé, une demande en reddition de compte des actes de gestion accomplis par la société ou son gérant, il n'a pas le droit de s'immiscer dans l'administration ou le contrôle de la société (1), et ne saurait réclamer la communication de ses livres (2).

Il faut cependant admettre que le croupier pourra, le cas échéant, exercer contre la société, les droits et actions de l'associé avec qui il a traité, en vertu de l'art. 1166 (3). On a décidé que lorsqu'une personne, associée dans une entreprise gérée ouvertement par plusieurs, intéresse un tiers dans cette entreprise comme croupier en sous ordre, la clause de la société principale, d'après laquelle en cas de mort d'un des intéressés, l'exploitation sera continuée avec ses héritiers, s'étend à la participation adjointe, de telle sorte que les héritiers du croupier ont droit aux bénéfices réalisés depuis son décès (4). Il y aura là une question d'intention à résoudre en fait.

(1) Cass. 8 juill. 1887, S. 89, 1, 252.
(2) Voy. Paris, 14 janv. 1893, D. 94, 2, 365.
(3) LAURENT, t. XXVI, n° 338.
(4) Cass. 1er mars 1886, D. 87, 1, 65.

97. Les règles que nous venons d'exposer concernant l'administration des sociétés civiles ordinaires, doivent recevoir leur application aux sociétés civiles revêtues de la forme d'une société par actions, en tenant compte des particularités qui sont spéciales à la commandite et à la société anonyme.

Dans la commandite le gérant est un mandataire à l'égard des commanditaires, mandataire irrévocable jusqu'à l'expiration de la société, s'il est statutaire (1), sauf clause contraire insérée dans les statuts (2). Le gérant non statutaire, c'est-à-dire nommé postérieurement à la constitution de la société par l'assemblée générale est révocable *ad nutum* (3).

Le gérant peut faire tous les actes d'administration. Du reste les statuts déterminent toujours les pouvoirs dont il peut user. On décide généralement que le gérant ne peut, sans autorisation de l'assemblée générale, vendre des immeubles de la société, faire une remise de dette, contracter des emprunts, ni faire avec les actionnaires des traités particuliers pour les exonérer de leurs obligations (4).

Le gérant est en outre chargé de convoquer l'assemblée générale pour la nomination du conseil de surveillance dont la constitution fait l'objet de l'art. 5 de la loi de 1867. Il doit faire aux actionnaires la répartition des bénéfices. Il est personnellement et indéfiniment responsable de toutes les dettes sociales. S'il y a plusieurs gérants ils sont solidaires. L'action en responsabilité en raison des fautes du gérant peut être exercée par les actionnaires, individuellement ou par mandataires (L. de 1867, art. 17), ou par les créanciers.

D'après l'art. 9 de la loi de 1867, les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison

(1) Cass. 28 avr. 1863, S. 63, 1, 383.
(2) Cass. 25 nov. 1872, S. 73, 1, 185.
(3) Cass. 9 mai 1860, S. 60, 1, 64.
(4) Voy. Cass. 6 nov. 1865, S. 66, 1, 109.

des actes de la gestion et de leurs résultats, mais chacun est responsable de ses fautes personnelles, dans l'exécution de son mandat conformément aux règles du droit commun. Il faut donc que le caractère personnel de ces fautes soit constaté dans l'arrêt de condamnation (1). Il n'y a pas solidarité entre les membres de ce conseil.

98. Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps révocables *ad nutum* (2), salariés ou gratuits, pris parmi les associés (L. 24 juillet 1867, art. 22).

S'il y a plusieurs administrateurs, on dit qu'il y a un conseil d'administration.

Les premiers administrateurs sont nommés par les statuts ou par l'assemblée générale; ils peuvent être nommés pour six ans au plus.

Les administrateurs doivent être propriétaires, avant d'entrer en fonction (3), d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. Ces actions sont nominatives, inaliénables (vis-à-vis de la société), frappées d'un timbre indiquant cette inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale (L. de 1867, art. 26).

Les pouvoirs des administrateurs sont en général déterminés par les statuts, sinon ils comportent tout ce qui se réfère à l'administration proprement dite. Leurs devoirs spéciaux sont fixés par la loi de 1867.

L'art. 40 de cette loi prévoit le cas où les administrateurs ont un intérêt personnel direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte. La loi leur interdit de prendre ou de conserver cet

(1) ROUSSEAU, *Man. des sociétés par act.*, n° 805; Voy. Angers, 19 mai 1891, D. 92, 2, 81.

(2) Cass. 15 juill. 1895, *Rev. des soc.*, 1896, p. 20; Cass. 10 janvier 1881, S. 81, 1, 251; LYON-CAEN et RENAULT, n° 477.

(3) Lyon, 2 mars 1883, *Rev. des soc.*, 1883, p. 357.

intérêt, à moins qu'ils y soient autorisés par l'assemblée générale. Il est chaque année rendu compte à l'assemblée générale des marchés ou entreprises par elle autorisés.

L'interprétation de cette règle prohibitive ne doit pas être trop rigoureuse. L'art. 40 ne concerne, d'après l'opinion générale, que les véritables marchés d'entreprise, et non les opérations isolées, même multipliées, comme, par exemple, des ventes de marchandises à la société, l'escompte de son papier, etc. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les sociétés anonymes sont des associations de capitaux plutôt que des associations de personnes. On décide même que la prohibition de la loi ne frappe que les marchés de gré à gré, et non ceux qui sont mis en adjudication avec publicité et concurrence. Ce point a été mis en évidence lors de la discussion de l'art. 40 au Corps législatif (1).

SECTION II.

Des engagements des associés à l'égard des tiers.

99. — Des créanciers personnels des associés et des créanciers sociaux.

100. — Dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas tenus solidairement, art. 1862. Pourquoi?

101. — Comment sont-ils tenus? art. 1863. *Quid* des gérants ou mandataires?

102. — De l'associé ayant traité, sans pouvoirs, au nom de la société, art. 1864. — Droit des créanciers.

103. — Suite. Une compensation pourrait-elle éventuellement se produire?

104. — Droits des créanciers dans les sociétés constituées par actions. De l'action sociale et de l'action individuelle appartenant aux créanciers et aux actionnaires.

99. Il s'agit dans cette section de l'obligation aux dettes dont les associés peuvent être tenus à l'égard des créanciers sociaux.

(1) PONT, nos 1637 et 1638; ROUSSEAU, *loc. cit.*, no 858.

Chacun des associés peut avoir en effet deux catégories de créanciers. Il peut être devenu débiteur pour avoir traité avec des tiers à propos d'affaires personnelles; les tiers dont il s'agit sont alors des créanciers ordinaires. Il peut aussi être devenu debiteur pour avoir traité avec des tiers à propos d'affaires sociales. Dans cette hypothèse, si l'associé a agi en vertu des pouvoirs à lui conférés, il a obligé tous ses coassociés, en s'obligeant lui-même. Ceux avec qui il a traité sont des créanciers sociaux, c'est-à-dire des créanciers de la société, en employant cette expression comme désignant l'ensemble des associés, et non un être de raison.

C'est ce qu'explique parfaitement la rubrique de notre section qui parle des *Engagements des associés à l'égard des tiers*, et non des engagements *de la société*.

Dans les sociétés civiles ordinaires, en effet, il n'y a pas de société débitrice; ce sont les associés qui sont obligés. Lorsqu'on dit par abréviation que la société est obligée, c'est uniquement pour exprimer cette idée que les créanciers ont action contre tous les associés. Nous savons que la jurisprudence est contraire (1), mais la jurisprudence ne saurait prévaloir contre l'évidence des textes. Il s'agit uniquement, nous ne saurions trop insister, des engagements dont *les associés*, et non la société, peuvent être tenus envers les tiers, il s'agit des actions ou poursuites, dont les associés peuvent être passibles comme tels pendant le cours de la société.

Il faut remarquer, à ce point de vue, qu'il y a une différence notable entre les créanciers ordinaires des associés et les créanciers sociaux. Les créanciers ordinaires doivent attendre la liquidation et le partage de la société pour pouvoir saisir et vendre les biens provenant de la masse sociale, et tombés dans le lot de leur débiteur.

(1) Voy. Cass. 2 mars 1892, S. 92, 1, 497.

Les créanciers sociaux, au contraire, n'ont pas besoin d'attendre le partage ou la liquidation de la société, pour faire valoir leurs droits sur les biens de la masse sociale qui forment leur gage; ils peuvent les saisir et les faire vendre. Dans tous les cas, ils peuvent agir immédiatement contre chacun des associés pour réclamer le paiement de ce qui leur est dû.

100. La question est de savoir dans quelle mesure ils pourront s'adresser à chacun d'eux individuellement.

ART. 1862. Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir.

Pourquoi les associés qui se trouvent obligés par les actes de leur mandataire commun, ne sont-ils pas tenus solidairement, alors qu'ils sont tenus solidairement dans les sociétés de commerce? « C'est, dit Pothier, afin que les marchands en société aient plus de crédit; ce qui est une raison particulière aux sociétés de commerce et ne doit pas s'étendre aux autres (1). » Nous comprenons qu'il en soit ainsi lorsque tous les associés ont concouru à l'acte d'où résulte leur obligation collective. Il est alors conforme aux principes généraux qu'en l'absence de stipulation spéciale, ils ne soient pas obligés solidairement, et chacun pour sa part.

Mais quand l'obligation résulte d'un acte posé par le gérant ou administrateur, leur mandataire commun agissant dans les limites de son mandat, la solution était plus douteuse. En effet, dans ce cas, les divers mandants sont déjà tenus solidairement envers le gérant de tous les effets du mandat (art. 2002). Il en serait autrement quand l'associé qui a fait des avances dans l'intérêt commun des associés n'était pas mandataire (2).

La vérité est que la société civile n'existe, en réalité, que

(1) *Contrat de Société*, n° 103.
(2) Cass. 17 juill. 1889, S. 91, 1, 394.

pour les associés; à l'égard des tiers, elle est non avenue, elle ne pourrait donc servir de base à une solidarité, et un tribunal ne pourrait condamner solidairement les membres d'une société sans constater que ceux-ci ont pris, vis-à-vis du créancier, un engagement solidaire, ou que la société était commerciale (1).

101. Si les associés ne sont pas solidaires, comment seront-ils tenus? Seront-ils obligés proportionnellement à leur intérêt dans la société, ou simplement par portions viriles?

ART. 1863. Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part.

Il en sera ainsi alors même que le créancier aurait eu connaissance du pacte social attribuant aux associés des parts différentes. Pour qu'ils soient obligés vis-à-vis du créancier conformément à l'acte de société, il faudrait non seulement que les tiers eussent été avertis par la convention même que l'un des associés avait une part moindre que les autres, mais encore que l'associé ait stipulé dans cette convention qu'il n'entendait s'engager qu'en proportion de sa part (2).

Mais, si une société civile, n'ayant absolument rien de commercial dans son but, s'était constituée dans la forme d'une société en nom collectif, et avait fait procéder à la publication de ses statuts, cette publication aurait manifesté suffisamment l'intention des associés de s'obliger solidairement (3) (Voy. *suprà*, n° 47).

Depuis la loi du 1er août 1893, si la société s'était constituée dans la forme des sociétés par actions, elle se trouverait

(1) Cass. 7 avr. 1886, S. 89, 1, 463.

(2) DUVERGIER, n° 391; PONT, n° 661; LAURENT, t. XXVI, n° 352; ARNTZ, t. IV, n° 1307; GUILLOUARD, n° 268; Comp. Cass. 31 janv. 1887, S. 90, 1, 527.

(3) *Contrà*, Rennes, 16 juin 1890, S. 92, 2, 309.

ainsi commercialisée. Mais avant cette loi elle n'auraie pas perdu son caractère civil; et les fondateurs et associés ne sauraient restreindre leur responsabilité au montant de leur mise, sous prétexte que la société aurait pris la forme anonyme (1).

Quand le gérant ou mandataire chargé de traiter avec les tiers a été pris en dehors de la société, il suffira, pour que le mandataire engage tous ses mandants sans s'engager lui-même, qu'il ait fait connaître aux tiers la nature et les conditions des pouvoirs qui lui ont été conférés (2).

Il en sera de même dans une société civile constituée par actions, des actionnaires qui n'auront pas traité avec les tiers en leur nom personnel, mais seulement comme mandataires de la société, c'est-à-dire des membres qui la composent; ils ne seront pas personnellement engagés (3).

Les membres d'une société civile peuvent donc, d'après ce qui précède, être personnellement poursuivis à raison de la part qui les concerne dans une dette commune ou sociale (4). Mais il arrivera souvent que les poursuites seront dirigées contre la société elle-même, c'est-à-dire contre les membres qui la composent. Dans ce cas, chacun des associés devra contribuer pour sa quote-part au paiement des dettes sociales. Le créancier agira pour tout ce qui lui est dû contre tous les associés, sauf à ne pouvoir exiger de chacun que sa part virile. Mais les administrateurs ou gérants réclameront alors à chacun des associés sa part contributoire à l'effet de désintéresser le créancier commun.

L'un des associés pourrait-il alors, pour refuser sa contribution, exciper de ce que le versement qu'il a promis d'effectuer dans la caisse sociale n'est pas encore devenu exigible?

(1) Cass. 21 oct. 1895, D. 96, 1, 417.
(2) Cass. 3 déc. 1890, S. 94, 1, 389.
(3) Bruxelles, 16 avr. 1856, *Pas.*, 56, 2, 263.
(4) Liège, 12 déc. 1868, *Pas.*, 69, 2, 252; ARNTZ, t. IV, n° 1036.

Certainement non ; de même qu'il est obligé par le pacte social vis-à-vis du créancier, de même il est obligé de contribuer pour sa part au paiement des dettes sociales qui excèdent les ressources actuellement disponibles de la société (1).

Les engagements souscrits par le gérant dans les limites de ses pouvoirs obligent en effet personnellement et pour leur part tous ceux qui, à la date de ces engagements, font partie de la société. Les modifications qui peuvent survenir postérieurement dans le personnel de l'association ne sauraient porter atteinte aux droits des créanciers, en leur donnant de nouveaux débiteurs, et en déchargeant, sans leur consentement, les véritables obligés (2).

102. Il va sans dire que l'associé qui a déclaré traiter au nom de la société, alors qu'il n'avait aucun pouvoir à cet effet, n'a pas pu obliger ses co-associés.

ART 1864. La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société (*).

Le cas prévu par ce texte, d'ailleurs péniblement rédigé, n'est pas de nature à se présenter souvent. On suppose quelquefois qu'un associé, n'ayant aucun mandat de ses associés, contracte un emprunt qu'il se propose d'employer dans l'intérêt de la société et dans son propre intérêt. Mais il n'est pas nécessaire qu'il ait déclaré agir pour le compte de la société. Il est évident qu'il se trouve obligé pour la totalité de l'emprunt et que la société n'est pas tenue ; mais, en fait, il verse une partie de la somme empruntée dans la caisse sociale, et applique l'autre partie à ses besoins personnels. Est-ce là l'hypothèse prévue par l'art. 1864? Certainement non ; d'abord le profit dérive uniquement pour la société du versement effectué, et non directement du contrat lui-même. Il y

(*) Art. 1864. — L. 3, § 2, D. 15, 3, *De in rem verso.*
(1) Bruxelles, 29 fév. 1864, *Pas.*, 64, 2, 350.
(2) Arrêt précité de Liège du 12 déc. 1868.

a eu simplement une avance faite à la société, cas prévu par l'art. 1852, et l'associé qui a fait cette avance a une action en remboursement contre la société; il n'y a pas à se préoccuper de l'origine des fonds versés par celui qui a fait l'avance. Le tiers qui a prêté les fonds n'a aucune action directe contre la société; il ne pourra agir que du chef de l'associé emprunteur art. 1166), à concurrence de l'avance faite par celui-ci. Cela est fort important, car il en résulte que les associés ainsi poursuivis du chef de leur co-associé, pourront opposer au créancier la compensation de ce que leur associé leur doit.

Ce n'est donc pas cette espèce que l'art. 1864 a pu avoir en vue. Il faut trouver une hypothèse dans laquelle le profit dérive directement du contrat, de telle sorte que l'action *de in rem verso* soit engendrée directement au profit du tiers qui a traité avec un associé, et que la compensation de ce que peut devoir cet associé à ses co-associés, ne puisse être opposée à ce tiers (1). C'est ce qui aura lieu, par exemple, si un associé a fait faire des réparations importantes à un immeuble mis dans la société pour la jouissance seulement. On peut concevoir alors que chacun des associés se trouve tenu à concurrence de l'enrichissement, proportionnel à sa mise, qui sera résulté pour lui de l'opération. Au-delà de cette mesure, il n'y a plus de principe d'obligation, et par suite, il n'y a plus d'action contre les associés (2). Mais dans cette mesure, ils seront directement tenus vis-à-vis de celui qui est devenu créancier pour avoir effectué les réparations impayées, et ne pourront lui opposer la compensation de ce qui leur est dû par l'associé qui a commandé ces réparations. En effet, le tiers créancier *de in rem verso* de chacun des associés, ne doit absolument rien à aucun.

(1) Voy. Cass. 6 fév. 1893, D. 93, 1, 319.

(2) Cass. 18 mars 1824, S. C. N. VII, 1, 417; DUVERGIER, n° 402; PONT, n° 659; LAURENT, t. XXVI, n° 353; ARNTZ, t. IV, n° 1308; GUILLOUARD, n° 269; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 787.

103. Mais si, par hypothèse, le tiers créancier de la société, dans le cas ci-dessus examiné ou dans tout autre, était lui-même tenu d'une dette vis-à-vis de l'un des associés personnellement, la compensation pourrait se produire; du moins dans l'opinion qui ne considère pas la société civile comme constituant un être de raison. (Voy. t. VIII, n° 147).

On a proposé de limiter cette solution, au moyen de distinctions absolument arbitraires. La compensation, a-t-on dit, pourra avoir lieu à la dissolution de la société, parce que, alors, la dette de la société et la créance de l'associé existent entre les mêmes personnes. La société étant dissoute, il n'y a plus de société, et les dettes de l'associé peuvent être payées avec les fonds ayant appartenu à la société. Mais, tant que la dissolution ne s'est pas produite, la compensation ne peut avoir lieu, par la raison que la compensation équivalant à un double paiement, la dette de l'associé ne pourrait être payée avec les fonds de la société qui en assurent le fonctionnement. Décider le contraire serait autoriser les créanciers personnels de l'associé à diminuer les ressources de la société, ce que l'associé ne pourrait faire (1).

Cela revient à dire que les créanciers personnels d'un associé n'ont sur la masse sociale qu'un droit limité par le droit des autres associés, et que le débiteur ne peut réaliser tant que dure la société; il ne lui appartient donc pas de provoquer la dissolution de la société et d'exercer des poursuites. Mais comment cette prohibition d'exercer des poursuites mettrait-elle obstacle à une compensation produisant son effet de plein droit (2)?

Il faudrait donc admettre que, tant que la société dure, les créanciers de la société ont un droit de préférence qui

(1) THIRY, *Rev. crit.*, 1855, p. 289; PONT, n° 666; GUILLOUARD, n° 274.

(2) LAURENT, t. XXVI, n° 361.

leur est refusé à partir du jour où la société est dissoute. On est allé jusque-là (1). Mais comment un droit de préférence qui doit être attaché à la qualité de la créance, peut-il être subordonné à la faculté pour le créancier d'exercer une poursuite?... On reconnait, et il est impossible de faire autrement, que les créanciers sociaux n'ont aucun droit de préférence lorsque, la société étant dissoute, une distribution vient à s'ouvrir. Mais, lorsque eux-mêmes ont fait saisir et vendre les biens de la société, et ont ainsi rendu une distribution nécessaire, pourquoi les créanciers des associés ne pourraient-ils pas se présenter aussi à la distribution (2)?

104. Pour les sociétés civiles constituant des personnes morales, notamment dans le cas où elles ont été constituées par actions, les difficultés qui viennent d'être examinées ne peuvent se présenter. Il est certain, en effet, que ces sociétés ont un patrimoine distinct et séparé de celui des associés, et que les créanciers de la société ont, sur ce patrimoine, un droit que personne ne peut ni leur contester, ni partager avec eux.

Ces créanciers auront à faire valoir leurs droits contre la société devenue leur débitrice, ainsi et comme ils l'entendront, et dans la forme ordinaire, du moins jusqu'à la faillite, qui a pour effet de suspendre les poursuites individuelles.

Les créanciers, dans ce cas, ne sont pas intégralement payés, et peuvent avoir intérêt à invoquer la responsabilité encourue par les administrateurs coupables de fautes de gestion ayant entraîné la ruine de la société. Il faut alors appliquer à leur égard la distinction admise aussi pour les actionnaires entre l'action collective ou sociale et l'action individuelle. L'action en responsabilité est considérée comme une

(1) THIRY, *loc. cit.*; PONT, *loc. cit.*; GUILLOUARD, n° 373.
(2) AUBRY et RAU, § 383, texte et note 7; LAURENT, t. XXVI, n° 360.

action collective ou sociale ne pouvant être exercée que par le syndic (1). C'est l'action *mandati*.

Serait au contraire individuelle, l'action tendant à procurer à certains créanciers la reparation d'un préjudice spécial causé par les administrateurs, détournements de dépôts, etc. (2).

Si le syndic refuse ou néglige d'exercer l'action, les créanciers pourront seulement se pourvoir pour le faire remplacer ou pour faire apprécier sa conduite par le juge-commissaire.

La jurisprudence considère comme collective ou sociale, tant à l'égard des créanciers que des actionnaires, l'action tendant à faire déclarer les administrateurs et fondateurs responsables de la nullité de la société encourue pour violation des prescriptions de la loi de 1867, et à les faire condamner comme débiteurs personnels et solidaires de tout le passif social (3).

On considère au contraire comme individuelle, à l'égard des actionnaires, l'action personnelle *ex delicto*, fondée sur l'art. 1382, née à l'occasion d'opérations ou d'agissements particuliers ayant causé directement préjudice à une personne déterminée, sans que la société ait ressenti le même dommage. C'est ce qui a lieu, par exemple, quant à la suite de manœuvres pratiquées à son détriment, un actionnaire a été induit à acheter des actions, à devenir membre de la société, à augmenter sa part dans l'actif social ou à vendre ses actions, à sortir de la société d'une façon préjudiciable à ses intérêts. L'action individuelle n'appartient pas à l'assemblée générale qui ne saurait ni l'exercer, ni en disposer, ni y renoncer (4). Il n'est pas possible, en effet, d'admettre le

(1) Cass. 21 déc. 1875, D. 77, 1, 79; Orléans, 20 mars 1884, D. 86, 2, 85; Paris, 6 mai 1885, D. 86, 1, 25.

(2) Cass 16 janv. 1878, D. 79, 1, 209.

(3) Cass. 25 fév. 1879, S. 81, 1, 461.

(4) Cass. 23 fév., 18 mai 1885, S. 85, 1, 9, 337 et 443, notes de LABBÉ; Paris, 6 mai 1885, D. 86, 2, 25, note de THALLER.

dédoublement de l'action individuelle dont il s'agit, puisqu'on suppose que l'acte lui servant de base n'a aucunement nui à la société.

Il n'en est pas de même pour l'action *mandati*.

Plusieurs arrêts ont consacré le dédoublement de l'action de mandat en une action sociale au profit de la société, et en une action individuelle au profit de chaque actionnaire, dans la mesure de sa part : On concluait de là que chacun des actionnaires ou plusieurs d'entre eux réunis, pouvaient exercer cette action de leur chef propre, en agissant *ut singuli* dans la limite de leur intérêt personnel, sans empiéter pour cela sur l'action sociale tendant au même but dans l'intérêt de tous (1). Mais on décidait en même temps que cette action individuelle n'était plus recevable quand l'action sociale était elle-même éteinte par suite de son exercice ou par voie de transaction, de renonciation, etc. (2). Il y avait là une sorte de contradiction (3). D'un autre côté, l'action en responsabilité née à la suite des fautes commises par les administrateurs dans l'exercice de leur mandat, ne peut appartenir qu'au mandant, et ce mandant est unique, c'est la société. Il n'y a pas deux espèces de mandants, l'être de raison et chacun des actionnaires. Il serait puéril de considérer ces derniers comme étant des fractions du mandant pour leur attribuer une action qui, par sa nature, ne peut être que sociale (4).

C'est ce qui a été finalement reconnu par la chambre civile de la Cour de cassation. D'après la chambre civile, les parties : « Ne sont pas fondées à intenter les actions en

(1) PONT, t. II, n° 1706; LAURIN, *Cours de Dr. comm.*, n° 365.
(2) Cass. 9 juill. 1888. S. 89, 1, 361; 21 juin 1881, S. 85, 1, 107; Lyon, 28 janv. 1890, S. 93, 2, 52.
(3) Voy. BONFILS, *Rev. crit.*, 1890, *Exam. doctr.*, p. 673.
(4) Voy. notes de LABBÉ, sous Cass. 3 déc. 1883, 23 fév. 1885, S. 85, 1, 97 et 337.

dommages ou en responsabilité, en agissant *en leur nom personnel* ou comme *actionnaires*, pour le compte et dans l'intérêt de la société; qu'en effet, si, en certains cas spécialement déterminés par l'art. 17 de la loi de 1867, un actionnaire peut agir en responsabilité contre le gérant, c'est seulement lorsque son intérêt propre, *distinct* de celui de la collectivité des actionnaires, a été lésé par les fautes du gérant (1). »

Il faut ajouter, en effet, que l'art. 17 déroge uniquement au principe qu'on ne peut plaider par procureur; il règle l'exercice d'une action déjà existante, mais il ne la crée pas. Il suppose que des actionnaires peuvent avoir le droit d'agir contre les gérants ou administrateurs, il n'a pas pour but d'indiquer les cas dans lesquels les actionnaires ont ce droit (2).

Mais comme on soutient, d'autre part, que l'action individuelle ne peut être exercée au moyen de la représentation judiciaire créée par l'art. 17 (3), et comme l'arrêt précité du 12 août 1889 n'est peut-être pas suffisamment explicite, il est à craindre que sa véritable portée ne soit pas comprise.

(1) Cass. 12 août 1889, D. 90, 1, 437.
(2) Bonfils, *loc. cit.*, p. 679.
(3) Voy. Rousseau, *Manuel des soc. par act.*, n° 1045.

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

N° 1. — Terme; perte de la chose, mort de l'un des associés.

105. — Enumération des causes de dissolution, art. 1865.
106. — Suite.
107. — Du terme assigné à la société. Dissolution anticipée.
108. — *Quid*, en cas de société par actions?
109-110. — Prorogation de la société; preuve, art. 1866.
111. — Perte de la chose qui a été promise, art. 1867.
112. — Suite; condition de celui qui avait promis la chose ayant péri.
113. — Suite.
114. — Perte partielle.
115. — Consommation de la négociation.
116. — Mort de l'un des associés.
117. — Clauses permettant, en ce cas, la continuation de la société, art. 1868. Une clause expresse est nécessaire.
118. — Ce que comprend l'expression *héritiers* d'un associé. Des héritiers bénéficiaires, des mineurs.
119. — Du partage quand la société ne doit continuer qu'entre les associés survivants.

105. Quelle que soit la manière dont une société a été constituée, quand même dans l'intention des parties, au moment de sa formation, elle devrait durer indéfiniment, il est facile de comprendre que des causes diverses peuvent lui faire prendre fin.

L'être moral, s'il s'agit d'une société à personnalité civile, disparaît alors; dans tous les cas, un état d'indivision se substitue aux rapports antérieurs; il faudra procéder à une liquidation, et finalement au partage de l'actif social.

La loi énumère comme suit les diverses causes qui entraînent la dissolution d'une société :

ART. 1865. La société finit, — 1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée; — 2° Par l'extinction de la chose,

ou la consommation de la négociation; — 3° Par la mort naturelle de quelqu'un des associés; — 4° Par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux; — 5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société (*).

Une société quelle que soit sa nature et son mode de constitution, qu'elle ait une personnalité civile ou qu'elle n'en ait pas, peut, théoriquement, se trouver soumise à des causes diverses de dissolution tenant soit à l'objet même de la société, soit à l'état des personnes qui en font partie.

Cependant ces dernières causes ne sauraient recevoir d'application aux sociétés à personnalité civile, constituées par actions. A l'égard de celles-ci, notamment des sociétés à capital variable, pour lesquelles le législateur s'est surabondamment expliqué, la mort, l'interdiction et la déconfiture d'actionnaires ou administrateurs, ne sauraient être une cause de dissolution (L. 24 juin 1867, art. 54).

C'est un point dont il faut tenir compte dans le commentaire de l'art. 1865 et des dispositions qui suivent.

On peut dire au contraire que les causes intrinsèques de dissolution s'appliquent à toutes les sociétés en général; ce sont celles qui consistent : 1° dans l'expiration du temps pour lequel les sociétés sont constituées; 2° dans l'extinction de la chose; 3° dans la consommation de la négociation envisagée.

Les causes de dissolution qui surviennent indépendamment de toute manifestation de volonté ou d'intention de la part des intéressés, produisent naturellement leur effet de plein droit. Par la force des choses, il en est autrement quand une manifestation de volonté ou une appréciation judiciaire sont nécessaires.

Enfin, parmi les causes de dissolution, les unes sont contingentes, c'est-à-dire qu'il dépend de la volonté des parties que leur effet extinctif se produise ou ne se produise pas,

(*) Art. 1865. — L. 4, § 1; L. 63, § 10; L. 65, § 1, 3, 10, 12, D. 17, 2, *Pro socio.*

les autres sont nécessaires, en ce sens qu'il est impossible, pour les parties, de se soustraire aux conséquences de l'effet extinctif.

106. C'est ce qui a lieu quand la société finit par la perte totale de la chose qui en formait l'objet, ou par la consommation définitive de la négociation en vue de laquelle la société avait été formée. Dans ces deux cas il n'y a qu'une chose à faire : constater que la société n'existe plus. Mais la situation n'est pas la même. Quand la chose a péri, la société cesse d'exister sans que son but final ait pu être atteint. Quand la négociation envisagée est consommée la société cesse d'exister parce que son but final se trouve atteint.

Dans le cas textuellement prévu d'une *consommation de la négociation*, la loi suppose qu'il s'agit d'une société formée pour une opération unique. Si cette opération ou affaire doit avoir une durée limitée, la société est formée pour tout le temps que doit durer l'affaire. C'est ce que décide l'art. 1844. Mais s'il s'agit d'une série d'opérations ou d'affaires et qu'il n'y ait pas de convention sur la durée de la société, la société, d'après le même art. 1844, est censée contractée pour toute la vie des associés.

Pourquoi? Parce qu'il y aurait eu arbitraire dans une décision différente. D'un côté, les parties n'ont rien dit; d'autre part, il est certain qu'en principe la mort de l'une d'elles doit mettre fin au contrat; donc puisqu'il est impossible de présumer un nombre fixe d'années pour sa durée, il faut bien décider qu'il aura pour limite la vie des associés. Il ne peut en résulter aucun inconvénient puisque chacun des associés pourra, quand il le voudra, mettre fin à la société (art. 1889).

107. Les parties peuvent aussi donner à la société la durée qu'elles voudront; c'est-à-dire lui assigner un terme dont l'expiration mettra fin de plein droit à la société. Elles

peuvent convenir encore que le contrat prendra fin par l'arrivée d'un certain événement prévu. Dans tous les cas, lorsque le terme nettement stipulé arrivera, la société sera dissoute, quand même la négociation unique envisagée par les parties ne serait pas encore terminée. Il en serait autrement si, dans l'intention des parties, le terme apparent n'était en réalité que l'indication de la durée probable de l'opération ou négociation entreprise (1).

La société à terme ne peut finir plus tôt par la volonté d'un ou de plusieurs des associés. Il faudrait, pour que ce résultat fût possible, l'adhésion unanime de tous les intéressés. C'est, dit-on, parce qu'il est de principe que le pacte social ne peut être modifié que par tous ceux dont le concours était nécessaire pour le former (2). Mais il n'existe pas de principe particulier pour la modification du pacte social; il n'y a qu'une règle générale faite pour tous les contrats, celle qui consacre l'irrévocabilité des conventions, sauf le cas de mutuel dissentiment (art. 1134) (Voy. t. VII, n° 89) (3).

108. Il ne devrait ce semble y avoir aucune difficulté pour l'application pure et simple de ces règles aux sociétés par actions. Cependant il n'en est pas ainsi et on se demande si la dissolution pourrait être votée avant l'expiration du terme fixé pour la durée de la société par une assemblée générale d'actionnaires délibérant conformément à l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867 (4).

Ce texte relatif aux sociétés anonymes est ainsi conçu : « Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts, ou sur des propositions de continuation de la société, au-delà du terme fixé pour sa durée, *ou de dissolution* avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne

(1) PONT, n° 684; LAURENT, t. XXVI, n° 366; GUILLOUARD, n° 280.
(2) GUILLOUARD, n° 281.
(3) LAURENT, t. XXVI, n° 367.
(4) Voy. PONT, n° 1923; THALLER, *Ann. de Dr. comm.*, 1894, p. 177.

délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. »

Il en résulte que la majorité peut faire la loi à la minorité, et lui imposer une dissolution anticipée. Il est certain toutefois qu'une clause formelle des statuts pourrait interdire à l'assemblée générale de voter la dissolution avant le terme convenu. En l'absence d'une pareille interdiction, on pourrait donc interpréter les statuts comme autorisant implicitement l'assemblée générale à voter cette même dissolution. Mais il est plus conforme aux principes de ne reconnaître un pareil pouvoir à l'assemblée générale qu'en vertu d'une clause des statuts (1).

La jurisprudence se trouve quelquefois entraînée à consacrer l'omnipotence des majorités. Ainsi il a été décidé que l'assemblée générale a le droit de prononcer la dissolution de la société en dehors des cas formellement prévus par les statuts (2).

Dans les commandites par actions, le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale, et, conformément à son avis, provoquer la dissolution. Ce droit est absolu et ne peut être restreint par les statuts. On va même jusqu'à soutenir que l'assemblée générale n'est pas, non plus, enfermée dans les cas de dissolution prévus par les statuts ou la loi, et qu'elle décide souverainement dans l'intérêt de la société (3). Mais cela est inadmissible. On a jugé, d'autre part, que la dissolution, dans les commandites par actions, doit être prononcée par les tribunaux et non par l'assemblée générale, cette assemblée n'ayant le droit de prononcer la dissolution que si les statuts le lui confé-

(1) Paris, 24 juin 1884, *J. des soc.*, 1885, p. 719; Paris, 30 juillet 1891, *J. des soc.*, 1892, p. 107.
(2) Trib. Seine, 14 mai 1892, *Rev. des soc.*, 1893, p. 24; etc.
(3) ROUSSEAU, *loc. cit.*, n° 1182.

raient expressément (1). Les conseils de surveillance ne pourraient pas saisir directement les tribunaux de la question de dissolution ; ils devraient au préalable saisir l'assemblée générale (2).

110. Au lieu de chercher à dissoudre la société avant le terme convenu, les parties pourraient vouloir au contraire en prolonger la durée pour une période plus longue.

La prorogation de la société donnera lieu à la formation d'une société nouvelle quand elle se produira à l'expiration du terme originairement convenu. Elle entraînera seulement la continuation de la société primitive quand elle se produira avant l'expiration du terme.

Dans les deux cas, l'adhésion unanime de tous les associés est nécessaire.

La prorogation peut être expresse ou tacite.

Elle est tacite quand, à l'expiration du terme fixé pour la durée de la société, les associés continuent les opérations de la société, et non des opérations nouvelles différentes de celles qui avaient d'abord été envisagées (3).

La durée de la société prorogée sera fixée conformément à l'art. 1844, c'est-à-dire que s'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle sera censée prorogée pour toute la vie des associés, sauf le tempérament résultant de l'art. 1869, ou s'il s'agit d'une opération à durée limitée pour tout le temps nécessaire à la consommation de l'opération.

La preuve de la prorogation de la société se fera d'après le droit commun. C'est ce que veut dire le texte suivant :

ART. 1866. La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société.

Il ne faudrait donc pas conclure de là que lorsque le

(1) Paris, 20 mai 1869, D. 72, 2, 12.
(2) PONT, n° 1513.
(3) Cass. 18 déc. 1889, D. 91, 1, 150.

contrat originaire a été fait par acte authentique ou par acte sous-seing privé, la prorogation devra nécessairement être constatée dans la même forme. L'écrit n'est d'ailleurs exigé que *ad probationem* (1).

La prorogation ne pourra être établie par témoins ou par présomptions qu'avec un commencement de preuve par écrit (2).

111. Il est manifeste que la prorogation ne peut se concevoir quand se produit l'extinction de la chose sans laquelle la société ne peut plus exister ou serait sans objet :

ART. 1867. Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. — La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé. — Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société.

Dans ce dernier cas, la chose périt pour le compte de la société qui en était devenue propriétaire. Mais la société *n'est pas rompue*, dit le texte; elle continue de subsister; donc il n'est pas vrai de dire que la société prend fin par la perte d'une chose qui fait partie de son actif. Cela est évident. Mais alors que signifie l'art. 1865 quand il déclare que la société finit *par l'extinction de la chose?*

Il règne sur ce point une grande confusion dans la doctrine des auteurs. La confusion provient de ce que l'art. 1867 a été considéré comme étant l'application ou le développement de l'art. 1865 § 2.

L'art. 1865 § 2 prévoit l'extinction de la chose sans laquelle la société ne peut plus exister ou n'a plus d'objet.

Ainsi, par exemple, si une mine dont l'exploitation fait l'objet de la société est épuisée, la société doit forcément

(1) LAURENT, t. XXVI, nos 368-370; ARNTZ, t. IV, no 1309; GUILLOUARD, nos 282-283.

(2) Cass. 18 déc. 1889, D. 91, 1, 150.

prendre fin. Il en sera de même si l'exploitation en est interdite par une décision administrative. Il appartient en effet à l'administration d'interdire en tout ou en partie l'exploitation d'une mine dans l'intérêt de la sûreté publique et de la conservation du sol (1).

Il y aura encore extinction de la chose si l'industrie formant l'objet de la société est mise hors du commerce par l'établissement d'un monopole, comme cela a eu lieu pour la fabrication des allumettes.

La perte totale du fonds social ou du capital social entraînera également la fin de la société, puisque les associés ne sont pas obligés de le reconstituer. Dans le cas de perte partielle du capital, il faudra, comme nous le verrons plus bas, appliquer l'art. 1871.

Il ne peut donc y avoir de difficulté quand la perte ou extinction atteint la chose même formant l'objet de la société.

La question n'est plus la même quand la perte tombe sur la chose qui a constitué ou doit constituer la mise d'un associé.

Si la mise était déjà réalisée, c'est-à-dire si la propriété de la chose promise avait déjà été transférée à la société quand la perte est survenue, la société n'est pas rompue, dit le dernier paragraphe de l'art. 1867; la société subit une perte dans son actif, comme elle est exposée à en subir.

Mais si la perte survient avant que la société ait été rendue propriétaire, quel sera l'effet de cet événement?

Il faut d'abord éliminer le cas où l'apport devait consister en une somme d'argent, ou en une quantité de choses fongibles, ou en des corps indéterminés. L'associé demeure débiteur de sa mise quand même les choses par lui destinées à réaliser son apport viendraient à périr.

(1) Cons. d'Etat, 4 mars 1881, D. 82, 3, 70.

Il faut supposer que l'apport devait consister en un objet déterminé dans son individualité, mais dont le transfert de la propriété était renvoyé à une époque postérieure à la convention. Or une telle clause n'implique en aucune façon l'intention de déroger à la règle générale concernant les risques (Voy. t. VII, n° 115). — Par conséquent c'est la société, comme créancière, qui continue de porter les risques (1), en ce sens que, pour l'associé, c'est comme s'il avait exécuté l'obligation par lui contractée; il en est libéré par la perte de la chose. Mais vis-à-vis de la société, il n'est pas possible de le considérer comme ayant rempli son obligation (Voy. t. VII, n° 105). — Voilà donc un associé qui se trouve légalement libéré de l'obligation de réaliser son apport, alors que cet apport n'a cependant pas été réalisé. Or il est manifeste que la non-réalisation de cet apport crée dans le fonds commun une lacune de nature à modifier l'économie des combinaisons arrêtées entre les associés. Voilà pourquoi la perte dont il s'agit opère la dissolution de la société à l'égard de tous les associés, dit l'article 1867 § 1. On suppose en effet que la société ne peut plus marcher. Il faut donc la liquider et procéder au partage de l'actif.

112. Mais il ne faut pas oublier que la société, comme créancière, portait les risques de la chose qui a péri, et non l'associé qui avait promis d'apporter cette chose. Donc celui-ci n'a pas perdu le bénéfice que lui assurait le contrat de société (Voy. t. VII, n° 106). Ce bénéfice consistait en ce que, moyennant l'obligation par lui prise de réaliser son apport, il devenait co-propriétaire des apports réalisés par les autres. Il a donc qualité pour participer au partage de l'actif.

Par conséquent, dans l'hypothèse qui vient d'être examinée, celle où une clause du contrat a ajourné le transfert

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 268, note 1.

de propriété de la chose promise, la perte de cette chose produit ce double effet :

1° D'entraîner la dissolution de la société,

2° De laisser néanmoins à l'associé le bénéfice résultant du contrat, et par conséquent le droit de participer au partage de l'actif.

113. Faudra-t-il adopter les mêmes solutions dans les hypothèses suivantes que les auteurs, sauf Laurent, traitent en général comme celle qui précède (1)?

On peut supposer :

1° Que l'un des associés a promis de mettre en commun une chose déterminée dont il n'est pas encore propriétaire, pour le cas où il en deviendra propriétaire, et que cette chose a péri avant que l'associé en ait acquis la propriété; il n'y avait en réalité qu'une obligation conditionnelle;

2° Que la condition sous laquelle l'un des associés a promis d'apporter une chose dans la société, ne se réalise que postérieurement à la perte de la chose;

3° Que la société a été contractée sous une condition, et que la chose promise par l'un des associés périt avant l'accomplissement de la condition;

4° Que les parties ont stipulé que la société ne commencerait qu'à une certaine époque, sous la condition implicite que la chose promise existera encore à cette époque, et que cette chose a déjà péri avant l'arrivée du terme.

Dans cas diverses hypothèses la perte de la chose promise entraînera la dissolution de la société, ou l'empêchera de se former; c'est ce que décide l'art. 1867 § 1. Mais il n'y aura pas lieu d'appliquer la règle qui met la chose due aux risques du créancier, car cette règle ne s'applique pas aux obligations conditionnelles (Voy. t. VII, n^{os} 115, 261, article 1182, C. C.). Par conséquent l'associé dont la chose a

(1) Voy. notam. GUILLOUARD, n° 153.

péri ne pourra participer au partage de l'actif, car lui seul doit supporter les conséquences de la perte (art. 1182).

114. La perte partielle doit être, comme la perte totale, à la charge de l'associé débiteur, en ce sens que si la chose a été détériorée sans la faute du débiteur, la société créancière pourra, à son choix, prendre la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution des avantages assurés par le contrat à l'associé, ou bien demander la résolution du contrat, c'est-à-dire rejeter sur l'associé les conséquences de la détérioration (Voy. t. VII, n° 262) (1).

115. La société prend fin, non seulement par l'extinction de la chose, mais encore, dit l'art. 1865 § 2, par la consommation de la négociation. Il y a quelques différences entre les deux hypothèses (*suprà*, n° 106). C'est néanmoins l'affirmation de la même idée avec une application différente. S'il s'agit, par exemple, d'une société ayant pour objet une entreprise de travaux à exécuter ou un bail de fournitures, la société devrait durer, dans l'intention des parties, jusqu'à l'achèvement des travaux ou la fin du bail (2).

La consommation de la négociation peut quelquefois résulter d'un état de fait créé par les intéressés eux-mêmes. Ainsi les parties associées pour l'exploitation d'un certain négoce ont cédé sans réserve ce négoce à un tiers, moyennant un prix qui leur est attribué, suivant leurs droits respectifs, sans qu'il reste rien à liquider (3). Il n'y a plus alors de société.

Il en sera de même entre deux locataires associés pour l'exploitation d'une ferme, quand l'un d'eux abandonne le

(1) Comp. sur tous ces points : AUBRY et RAU, § 384; DUVERGIER, n° 423; PONT, n° 379; LAURENT, t. XXVI, n°s 268, 269, 373; GUILLOUARD, n°s 153-290.

(2) Bruxelles, 13 janv. 1810, S. C. N. III, 2, 186; Nîmes, 2 janvier 1839, S. 39, 2, 74.

(3) Gand, 10 août 1860, *Pas.*, 60, 2, 347.

domaine pour s'établir ailleurs et que l'autre continue à gérer la ferme à ses frais et pour son compte exclusif; ils ont alors supprimé l'affaire commune. Il y a même plutôt, en ce cas, une dissolution conventionnelle anticipée, et il importe peu que les deux ci-devant associés soient restés solidairement tenus envers le bailleur (1).

116. La mort de l'un des associés est encore, d'après l'art. 1865 § 3, un événement qui doit mettre fin à toute société, soit à durée limitée, soit à durée illimitée. La dissolution a lieu de plein droit sans qu'il soit nécessaire d'une notification de la part de l'un des associés. A plus forte raison, doit-il en être ainsi d'une simple promesse de société (2).

La société ne saurait donc, en principe, être continuée ni par les héritiers, ni par les survivants. Les héritiers du défunt doivent néanmoins continuer les opérations commencées par leur auteur pour le compte de la société. Ils doivent notifier le décès aux autres associés. S'ils ont omis de le faire, ces derniers, suivant une certaine opinion, pourront, à leur égard, considérer la société comme dissoute ou comme continuée, suivant leurs intérêts (3). Nous préférons admettre que si l'un des associés fait une opération sociale dans l'ignorance de la mort de son associé, l'opération sera valable, mais régie d'après les principes du mandat (article 2008) (4).

En vertu des mêmes principes, si des tiers traitent avec les associés survivants, dans l'ignorance de la mort de l'un des associés, la négociation sera valable.

La société, par le décès de l'un des associés, se trouve donc dissoute, tant à l'égard des tiers, sans qu'il soit

(1) Liège, 8 mai 1869, *Pas.*, 69, *B. J.*, 1890, 130.
(2) Paris, 24 fév. 1860, D. 60, 2, 84.
(3) Voy. ARNTZ, t. IV, n° 1314.
(4) PONT, n° 703; LAURENT, t. XXVI, n° 376; GUILLOUARD, n° 307.

necessaire de publier le décès (1), qu'à l'égard des autres associés ; elle ne continue pas avec les héritiers du défunt, parce que ces derniers ne sont pas considérés comme ayant nécessairement la possibilité de fournir les prestations que le défunt avait prises à sa charge (Voy. t. V, n° 54 *bis*). Elle ne continue pas entre les associés survivants parce que l'économie du contrat primitivement conclu se trouve dérangée par le décès de l'une des parties.

177. Cependant ces résultats ne s'imposent pas aux associés. Ils sont, en définitive, appréciateurs souverains de ce qu'exige la sauvegarde de leurs intérêts. Ils peuvent donc, en envisageant l'éventualité du décès de l'un d'entre eux, se prononcer pour la continuation de la société, soit entre les survivants seulement, soit avec les héritiers du défunt.

ART. 1868. S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies : au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'asssocié auquel il succède (*).

Il est reconnu, comme nous le verrons bientôt, que la stipulation dont il s'agit, concerne, sauf limitation précise, absolument tous ceux qui auront, à un degré quelconque, la qualité d'héritiers, quelle que soit leur nationalité et quel que soit leur âge, fussent-ils même mineurs.

C'est dans ces conditions qu'on a posé la question de savoir s'il faut une stipulation *expresse* pour que la société continue avec les héritiers de l'associé prédécédé? La question est vraiment singulière : il s'agit d'un cas où la nature du contrat (art. 1122) démontre que les parties n'ont pas voulu stipuler pour leurs héritiers... Néanmoins l'art. 1868

(*) Art. 1868. — L. 35, L. 52, § 9, L. 59, D. 17, 2, *Pro socio.*
(1) Cass. 10 juill. 1844, DALLOZ, *Répert.*, v° *Société*, n° 983.

admet que, malgré l'évidence apparente, il en sera autrement *si cela a été stipulé*, et on soutient qu'il pourra en être ainsi *quoique cela n'ait pas été stipulé!...* On prétend qu'il y a des cas où la volonté des parties ne laisse pas de doute à cet égard. Les associés, par exemple, ont convenu qu'ils pourraient librement céder leurs droits, et que le cessionnaire prendrait dans la société la place du cédant. N'y a-t-il pas lieu d'en conclure que l'héritier entrera alors dans la société, car il ne peut, dit-on, y avoir de différence entre la cession à titre onéreux et la transmission des droits à titre héréditaire (1). Ainsi donc, parce que un cessionnaire connu du cédant et choisi par lui pourra entrer dans la société, il faudra décider que tous les héritiers d'un associé décédé, n'importe à quel degré, quels que soient leur nombre et leur nationalité, hommes, femmes et enfants entreront tous ensemble dans la société pour y prendre la place du défunt!

On est encore allé plus loin. On a supposé une société ayant pour objet une affaire déterminée devant être accomplie dans un délai fixe, pour laquelle les qualités personnelles des associés n'ont aucune utilité, mais où il a fallu mettre des capitaux considérables; ne doit-on pas admettre facilement, en pareil cas, que la société continuera avec les héritiers (2)? Mais ce sont là des circonstances qui peuvent se rencontrer dans toutes les sociétés administrées par un gérant pris en dehors des associés, et il est souverainement arbitraire de tirer de ces circonstances la présomption que les associés ont envisagé l'éventualité du décès de l'un d'entre eux pour faire continuer la société, même avec des héritiers mineurs.

Remarquons enfin que les associés peuvent convenir que,

(1) DUVERGIER, n° 434; GUILLOUARD, n° 297.

(2) GUILLOUARD, *loc. cit.*; Paris, 10 juin 1869, sous Cass. 7 fév. 1870, D. 70, 1, 303.

le décès de l'un d'eux survenant, la société continuera de subsister entre les survivants, mais non avec les héritiers du défunt. Ne pourrait-on pas aussi se demander si une stipulation expresse est nécessaire pour amener un pareil résultat? On ne le fait pas cependant, bien qu'il soit possible d'imaginer des circonstances favorables à une telle solution, car il y a des limites que, vraiment, l'on ne saurait dépasser.

Une stipulation expresse est donc nécessaire à notre point de vue. Mais elle remplira suffisamment le vœu de la loi si elle démontre que l'éventualité du décès de l'un des associés a été envisagée par les associés en vue d'une solution, même implicite, à adopter. Ainsi, il peut être stipulé que les héritiers de l'associé décédé auront le droit de demander à sortir de la société (1). Cette stipulation implique que la société continuera d'exister entre les associés survivants, en même temps qu'elle accorde une option aux héritiers du défunt. Les héritiers qui n'ont pris aucune part à l'administration de la société, peuvent, après cinq ans depuis le décès de leur auteur, opposer la prescription établie par l'art. 64 C. com., s'il s'agit d'une société soumise aux règles commerciales (2). On considère qu'il y a eu alors comme une dissolution partielle, et que la société qui continue pour les autres fait office de liquidateur (3).

L'acte de société peut également laisser aux associés survivants l'option de continuer la société avec les héritiers du prédécédé, ou de liquider les droits de ceux-ci sur la base du dernier inventaire. Il en résulte que les héritiers sont fondés à réclamer soit la liquidation, soit la continuation de la société. Il y a là, pour les survivants, une obligation alternative rentrant dans les prévisions de l'art. 1189, et

(1) Bruxelles, 13 avr. 1878, *Pas.*, 78, 2, 227.
(2) Cass. 15 déc. 1880, S. 82, 1, 5.
(3) RATAUD, *Rev. crit.*, 1882, *Exam., doctr.*, p. 210.

subordonnée par l'acte de société à une condition casuelle, celle du décès de l'associé pendant la durée de la société (1), et non à une condition potestative.

118. Quand l'acte de société appelle les *héritiers* d'un associé à continuer la société, il faut comprendre dans cette expression tous ceux qui sont appelés à prendre la place de l'associé décédé comme héritiers réguliers ou irréguliers, légitimes ou testamentaires. Si l'acte s'est servi de l'expression *représentants* qui est plus compréhensive, cette expression comprendra tous ceux qui, à un titre quelconque, succéderaient au défunt, par exemple celui qui achèterait les droits de l'associé décédé sur la poursuite de ses créanciers (2).

Il faut d'ailleurs observer que la clause dont il s'agit a uniquement pour but de rétablir une règle de droit commun en faisant disparaître une restriction que subissait cette règle.

D'après l'art. 1122, on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayant-cause, à moins que le contraire ne résulte... *de la nature de la convention*. Or, le contrat de société est précisément un de ceux dont la nature implique, en général, que les parties n'y stipulent pas pour les héritiers. En adoptant la clause dont nous parlons, les parties veulent seulement affirmer cette idée que la société qu'elles vont former ne résiste pas à la règle générale d'après laquelle on est censé avoir stipulé pour ses héritiers. Les héritiers rentrent ainsi dans la règle générale, et ils y rentrent en cette qualité. Par conséquent, c'est dans leur qualité d'héritier qu'ils trouvent le titre en vertu duquel ils pourront prendre dans la société la place de leur auteur. Donc, ils ne peuvent refuser de prendre cette place, en la considérant

(1) Cass. 20 juin 1887, S. 90, 1, 515.

(2) Paris, 13 août 1834, S. 34, 2, 674; DUVERGIER, n° 440; PONT, n° 715; GUILLOUARD, n° 300.

comme une charge de la succession, qu'en répudiant la succession elle-même (1).

Il n'en serait autrement que, si au lieu d'appeler *tous* les héritiers du défunt à venir prendre la place de celui-ci, la clause dont il s'agit n'appelait qu'un seul de ces héritiers ou certains d'entre eux (2). Dans ce cas, il y aurait simplement stipulation pour autrui, et l'héritier désigné pourrait refuser d'entrer dans la société tout en acceptant la succession. Quelquefois, les associés ne se bornent pas à stipuler que la société continuera avec les héritiers d'un associé décédé; ils ajoutent que si cet associé était un administrateur, le droit de concourir individuellement à l'administration passera également aux héritiers. La clause est valable (3); mais nous pensons que les héritiers pourraient refuser ce mandat sans répudier la succession.

La clause que nous examinons ayant pour conséquence de faire passer les avantages et charges résultant du contrat de société, sur la tête des héritiers de l'associé défunt, il faut décider que cet effet se produira quand même les héritiers ou certains d'entre eux accepteraient la succession sous bénéfice d'inventaire. Il importe peu que, dans ce cas, la situation puisse être gênante; les associés auraient dû la prévoir et ne pas stipuler la continuation de la société en cas de décès (4).

Enfin, les deux solutions qui précèdent conduisent à cette conséquence que la minorité de l'héritier ne mettra pas obstacle à la continuation de la société (5). Si cette société qu'on

(1) GUILLOUARD, n° 301; *Contrà*, PONT, n^os^ 594 et 714; AUBRY et RAU, § 384, texte et note 8.

(2) Caen, 10 nov. 1857, S. 59, 2, 31.

(3) Cass. belge, 23 mai 1860, *Pas.*, 60, 1, 271.

(4) Riom, 21 mai 1884, D. 85, 2, 86; PONT, n° 715; GUILLOUARD, n° 299.

(5) Cass. 10 mars 1885, S. 86, 1, 410; Paris, 7 avr. 1887, S. 88, 2,

peut supposer être en nom collectif comprend des immeubles, le droit des associés mineurs sera, conformément à la règle générale, purement mobilier. Par conséquent, s'il s'agit de transformer cette société en société en commandite, les tuteurs des associés mineurs ne pourront consentir à faire à la nouvelle société l'apport des droits mobiliers ou parts d'intérêts appartenant à ces mineurs sans y être autorisés par le conseil de famille conformément à l'art 1er de la loi du 27 fév. 1880 (Voy. t. III, n° 398). Avant cette dernière loi, les tuteurs auraient pu opérer cet apport sans autorisation (1).

119. Si la société ne doit continuer qu'entre les associés survivants, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès. Pour éviter les inconvénients d'une liquidation devant s'opérer ainsi au cours d'un exercice et des recherches nombreuses auxquelles elle pourra donner lieu, les parties conviennent ordinairement que la part des héritiers du prédécédé sera réglée d'après le dernier inventaire ou état de situation (2). Dans ce cas, les héritiers retireront la mise de fonds de leur auteur et sa part dans les bénéfices. Ils pourront aussi réclamer immédiatement leur part dans le fonds de réserve, car, vis-à-vis d'eux, la société est dissoute. Un arrêt a décidé autrement sous prétexte qu'il serait contraire à la destination spéciale de ce capital qu'il pût être entamé avant la liquidation finale de la société (3). C'est là une erreur manifeste; en décidant que la société continuerait entre les survivants, avec exclusion des héritiers du

145; AUBRY et RAU, § 384, texte et note 8; PONT, n° 716; LAURENT, t. XXVI, n° 380; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 794; GUILLOUARD, n° 298; *Contrà*, DUVERGIER, n° 441.

(1) Cass. 15 avr. 1887, S. 88, 1, 410.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 794; GUILLOUARD, n° 306.

(3) Paris, 22 janv. 1877, S. 80, 2, 104; Conf. GUILLOUARD, n° 306.

prédécédé, les survivants ont pris l'engagement de restituer à ces derniers toute la part qui doit leur revenir dans les éléments divers de l'actif social, appréciés au moment du décès, et il serait contraire à la justice la plus évidente de conserver la part de réserve qui leur appartient pour faire face à des pertes qui surviendraient postérieurement au décès de leur auteur.

Il y a des cas où la reprise de la chose du défunt aura lieu sans qu'une liquidation soit nécessaire : c'est lorsqu'il s'agit d'une chose mise dans la société pour la jouissance seulement. Cette solution a été appliquée en matière de société de chasse. S'il a été convenu que la société continuerait seulement entre les survivants, les héritiers du défunt rentreront, après le décès de leur auteur, sans qu'il soit besoin d'une liquidation, en possession des droits de chasse que ce dernier avait apportés à la société (1).

L'art. 1868 ajoute que les héritiers exclus de la société, qui ne doit continuer qu'avec les survivants, ne participent aux droits nés postérieurement au décès qu'autant que ces droits sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé.

Ce point ne peut donner lieu qu'à l'examen d'une question de fait (2).

N° 2 (*Suite*). — Absence, interdiction, faillite, déconfiture. Volonté d'un seul des associés. Justes motifs de dissolution.

120. — Absence ou disparition des associés.
121. — Interdiction d'un associé.
122. — Dation d'un conseil judiciaire.

(1) Cass. belge, 12 janv. 1884, *Pas.*, 85, 1, 35.
(2) LAURENT, t. XXVI, n° 382; ARNTZ, t. IV, n° 1315; Comp. Cass. 24 déc. 1869, D. 70, 1, 25.

123. — Déconfiture, faillite, liquidation judiciaire.
124. — Précisions à faire quant aux sociétés qui ont pris la forme commerciale.
125. — Dissolution par la volonté d'un seul dans les sociétés à durée illimitée, art. 1869, 1870.
126. — Renonciation à l'exercice de cette faculté.
127. — Conditions de l'exercice de cette faculté.
128. — Dissolution anticipée pour justes motifs, art. 1871; comparaison avec la condition résolutoire.
129. — Exemples de justes motifs de dissolution.
130. — Application aux sociétés par actions.

120. L'absence, même déclarée, de l'un des associés ne dissout pas la société de plein droit, mais pourra permettre de demander la dissolution judiciaire. Il faudrait en dire autant de l'absence de tous les associés, car il n'en peut résulter aucune présomption de décès, et l'absence ne fait pas disparaître de plein droit l'intérêt commun engendré par la société.

Dans les sociétés par actions, la disparition, nous ne disons pas l'absence, de tous les associés moins un, entraîne forcément la fin de la société. Il en sera ainsi dans l'hypothèse de la réunion de toutes les actions entre les mains d'un seul associé (1). Il faudra que cette réunion soit constatée. Elle pourra l'être dans un acte notarié, qui devra être publié conformément à l'art. 61 de la loi de 1867.

121. Les sociétés civiles de personnes peuvent encore être dissoutes, d'après l'art. 1865 § 4 par l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés.

L'interdiction soit judiciaire, soit légale doit naturellement amener ce résultat. C'est, dit-on, parce que l'interdit se trouvant dans les deux cas soumis au régime de la tutelle ne peut plus fournir le concours personnel sur lequel les autres associés avaient compté (2). Cela ne paraît pas exact; nous

(1) Cass. 10 avr. 1867, D. 67, 1, 397.

(2) PONT, n° 721; LAURENT, t. XXVI, n° 384; GUILLOUARD, n°s 311, 312.

venons de voir en effet qu'une société peut continuer avec des héritiers mineurs, c'est-à-dire soumis au régime de la tutelle. Bien souvent d'ailleurs le concours personnel d'un associé est complètement inutile; on ne lui demande que des capitaux.

La vérité est que, dans le cas d'interdiction judiciaire il a été constaté que l'associé était dans un état habituel de démence, et que dans le cas d'interdiction légale il a subi une condamnation à une peine grave. Mais il est conforme à l'intention des parties de ne pas maintenir une société contractée avec un fou ou un criminel.

Il est du reste reconnu qu'*aucune des causes que l'art. 1865 énumère* n'est d'ordre public et ne dissout la société, lorsque les associés ont voulu qu'il en fût autrement (1). Par conséquent, la clause portant que la société ne serait pas dissoute par l'interdiction légale ou judiciaire de l'un des associés, serait théoriquement valable. En fait une telle clause ne se rencontrera jamais et il serait absurde d'en prévoir l'existence. Mais il n'en est pas de même comme nous allons le voir de la déconfiture et de la faillite.

122. La dation d'un conseil judiciaire, ou demi-interdiction comme on l'appelle quelquefois, ne saurait avoir pour effet, quand elle atteint un associé, d'empêcher la continuation de la société pendant le temps qui lui a été assigné, ou son renouvellement, si l'acte de renouvellement est passé avec l'assistance du conseil judiciaire (2). Les causes de dissolution de plein droit sont en effet limitativement indiquées par l'art. 1865. Mais la dation d'un conseil judiciaire à un associé pourra suivant les circonstances motiver une dissolution

(1) GUILLOUARD, n° 318 et les autorités citées,

(2) Cass. 28 mars 1892, S. 93, 1, 461; AUBRY et RAU, § 384, texte et note 9; PONT, n° 723; LAURENT, t. XXVI, n° 385; ARNTZ, t. IV, n° 1316; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 795; GUILLOUARD, n° 313; *Contrà*, DURANTON, t. XVII, n° 474; DUVERGIER, n°s 443-444; Bruxelles, 1er mars 1880, *Pas.*, 80, 2, 178.

judiciaire dans les termes de l'art. 1871. Il en serait de même du placement d'un associé dans un établissement public d'aliénés, ou du complet dérangement de ses facultés mentales si son interdiction n'a pas été poursuivie.

123. La déconfiture d'un associé, à cause de l'insolvabilité qu'elle implique, entraîne également la dissolution de la société. Il faut en dire autant de la faillite (1); la question ne se discute plus. On décide encore, et avec raison, que la déconfiture dont parle l'art. 1865, comprend également le cas où un associé est tombé en état de liquidation judiciaire (2).

Les parties peuvent d'ailleurs convenir que la société continuera malgré la faillite ou la déconfiture de l'un des associés (3), ou sa mise en liquidation judiciaire (4). Mais comme ces causes de dissolution opèrent de plein droit, quand elles se produisent, la convention qui interviendrait postérieurement à l'événement serait inopérante au point de vue de la continuation de la société dissoute. On pourrait seulement créer une société nouvelle.

Par suite de cette même considération que la dissolution a lieu de plein droit, il faut décider que le failli et ses créanciers peuvent se prévaloir de la dissolution de la société contre les associés. Cette société ne sera pas reconstituée par l'effet du concordat que le failli obtiendrait ultérieurement (5).

Quand la dissolution résulte de la faillite, il ne peut y avoir aucun doute, quant à la date à partir de laquelle il faudra la considérer comme acquise. Il n'en est pas de même en cas de déconfiture; il semble qu'un jugement soit néces-

(1) Cass. 4 août 1880, S. 81, 1, 56; Grenoble, 1er mai 1894, D. 95, 2, 221.

(2) Poitiers, 26 déc. 1892, S. 94, 2, 297.

(3) Cass. 10 mars 1885, S. 86, 1, 410.

(4) Arrêt précité de Poitiers du 26 déc. 1892.

(5) Paris, 5 janv. 1853, S. 54, 2, 341.

saire pour constater l'insolvabilité, et que la société ne prendra fin de plein droit qu'à partir de ce jugement (1). Mais il est plus conforme à la théorie de la loi que le fait de la déconfiture suffise pour opérer la dissolution de la société avant tout jugement. Le jugement qui interviendra, si cela est nécessaire, aura seulement pour but de fixer la date à laquelle se sera produite l'insolvabilité (2). D'une manière générale, la décision des juges du fond qui fixe la date de la dissolution d'une société, est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation (3).

On aura remarqué que la loi parle de la déconfiture seulement *de l'un des associés*. La jurisprudence et la doctrine mettent la faillite sur le même rang que la déconfiture. Il s'agit donc uniquement de la faillite *de l'un des associés*.

124. La loi ne parle nulle part de la déconfiture ou de la faillite de la société elle-même considérée en soi, au point de vue de la dissolution qui peut en être la suite. Quelques précisions à cet égard sont nécessaires.

D'abord une société purement civile quant à son objet, et qui n'est pas sortie du cercle ordinaire de ses opérations, ne peut être déclarée en faillite (4).

Si elle a pris la forme d'une société en nom collectif, ou en commandite simple, elle pourra être mise en faillite, ce qui entraînera la faillite personnelle de chacun des associés solidaires (5), et par suite de dissolution. Mais l'un des associés pourra obtenir personnellement le bénéfice de la liquidation judiciaire (6). Une société déjà dissoute continuant de subsister jusqu'à l'achèvement de sa liquidation pourrait, jus-

(1) LAURENT, t XXVI, nos 387-390; GUILLOUARD, n° 315.
(2) Bruxelles, 2 fév. 1866, *Pas.*, 66, 2, 191.
(3) Cass. 16 mars 1891, S. 92, 1, 10.
(4) Cass. 29 avr. 1885, D. 85, 1, 225.
(5) Cass. 13 mai 1879, D. 80, 1, 29.
(6) Paris, 21 mai 1890, S. 90, 2, 145; BONFILS, *Rev. crit.*, 1891, *Exam. doctr.*, p. 340.

qu'à ce moment, être déclarée en faillite ou admise à la liquidation judiciaire (1).

Si elle a pris la forme d'une société par actions, sa faillite pourra aussi être déclarée, mais cette déclaration de faillite n'entraînera pas de plein droit sa dissolution (2). En cas de dissolution ultérieure on nomme souvent un liquidateur pour représenter les actionnaires dans les opérations de la faillite. Il en sera de même si la dissolution de la société a précédé la faillite. C'est là une pratique constante. Le syndic et le liquidateur, dans la faillite d'une société dissoute, ont des attributions distinctes. Le syndic représente principalement la masse des créanciers du failli, il représente également le failli, c'est-à-dire la société, dans l'hypothèse envisagée, mais cela ne suffit pas. Le dessaisissement résultant de la faillite n'entraîne pas l'anéantissement complet de la personne du failli. Celui-ci a le droit d'assister à la liquidation et de la contrôler, et il peut exercer ce droit en personne ou par mandataire. Donc si le failli est une société, il faudra lui donner un autre mandataire spécial dont la fonction consistera à jouer, dans la procédure, le rôle qui appartient au failli. Néanmoins, dans l'examen du projet de loi relatif à la réforme des faillites, la Cour de cassation s'est prononcée pour l'interdiction de ce concours d'un liquidateur et d'un syndic dans la même faillite (3). L'utilité et la légalité de ce concours ont été d'autre part vivement défendues (4).

La faillite d'une société non dissoute peut se terminer par un concordat, mais non la faillite d'une société dissoute, puisqu'il serait impossible de concevoir le rétablissement dans ses affaires d'une société qui a pris fin. Le contraire n'a

(1) Orléans, 5 mars 1894, S. 95, 2, 310.

(2) Cass. 3 mai 1854, S. 54, 6, 673; Paris, 12 juill. 1869, S. 71, 2, 233.

(3) Voy. *J. des faillites*, *Rapport* de M. LAROMBIÈRE, 1885, p. 381.

(4) Voy. *Ann. de Dr. comm.*, 1887, *Dissert.* de M. PIC, p. 130.

pu être jugé que par l'effet d'une confusion entre le concordat et une transaction (1).

125. La société civile pourra encore être dissoute, d'après l'art. 1865 § 4, par la volonté qu'un ou plusieurs expriment de n'être plus en société.

ART. 1869. La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps.

ART. 1870. La renonciation n'est pas de bonne foi, lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun. — Elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée (*).

La distinction faite par la loi entre les sociétés à durée illimitée et les sociétés à durée limitée, repose sur cette considération que les inconvénients résultant de la persistance du lien contractuel peuvent devenir intolérables dans le premier cas, alors qu'elles peuvent être tolérables dans le second. Ce sont les raisons de cette force qui ternissent toute œuvre législative. La véritable solution consistait à donner, dans tous les cas, à un associé, le droit de se retirer du contrat, sauf à payer de justes dommages, de même que le maître a le droit de résilier tout marché qu'il lui plaît de considérer comme inutile (Voy. t. X, n° 430).

Quoi qu'il en soit, voyons ce qu'il faut entendre par une société dont la durée est illimitée. C'est évidemment celle dont la durée n'est limitée ni par la convention ni par la nature de l'entreprise qui en fait l'objet.

Si la société est contractée pour toute la vie des associés, on ne peut pas dire qu'elle soit illimitée selon le sens littéral des mots, mais elle l'est en réalité dans le sens juridique. La loi a voulu donner à un associé le pouvoir de sortir de son vivant d'une société; or, il ne le pourrait pas si la société

(*) Art. 1869-1870. — L. 65, D. 17, 2, *Pro socio.*
(1) Lyon, 18 mars 1884, D. 84, 2, 211.

devait durer toute sa vie. La loi a d'ailleurs tranché la difficulté en soumettant à la restriction de l'art. 1869 les sociétés quand elles sont *censées* contractées pour toute la vie des associés; or, il est indifférent qu'elles soient seulement censées contractées pour toute la vie, ou qu'elles le soient en réalité (1).

On admet encore que la société contractée pour une affaire déterminée sera considérée comme perpétuelle ou illimitée, si elle doit durer pendant une période dépassant la vie de tous les associés, s'il s'agit par exemple, de l'exploitation d'un bassin houiller jusqu'à son épuisement; elle sera à terme si elle peut se terminer dans un certain temps n'allant pas jusqu'à la mort des associés.

126. Les auteurs soutiennent en général que : aucune des causes de dissolution que l'art. 1865 énumère n'est d'ordre public et ne rompt la société quand les associés ont voulu qu'il en fût autrement (2). Ils finissent néanmoins par décider que les associés ne peuvent, en principe, stipuler dans leurs conventions qu'ils renoncent à la faculté de demander la dissolution d'une société à durée illimitée (3). Nous croyons la solution exacte, car une disposition ayant pour but de sauvegarder la liberté civile des parties, présente un caractère d'intérêt général et ne saurait être paralysée par une clause contraire. Il n'y a pas à craindre qu'une pareille clause devienne facilement une clause de style, puisque les art. 1865 et 1869 statuent également dans l'intérêt de toutes les parties; mais il pourrait arriver qu'une clause ambiguë ou postérieure au pacte social soit soumise, dans ce but, à

(1) Cass. 13 juill. 1868, S. 68, 1, 449; DUVERGIER, n° 453; AUBRY et RAU, § 384, texte et note 13; PONT, n°s 737-738; LAURENT, t. XXVI, n° 395; GUILLOUARD, n°s 325 et 326; *Contrà*, BRAVARD-VEYRIÈRES, t. I, p. 404 et 405.

(2) GUILLOUARD, n° 318; Comp. AUBRY et RAU, § 384; PONT, n° 729, LAURENT, t. XXVI, n° 391.

(3) AUBRY et RAU, § 384, texte et note 15; PONT, n° 742; LAURENT, t. XXVI, n° 396.

l'adhésion des parties. D'après une certaine opinion, en effet, lorsque la renonciation formelle au droit de demander la résolution intervient d'un commun accord entre les associés, dans une convention spéciale en dehors des statuts et postérieure à ceux-ci, elle serait valable (1). Cette solution paraît inadmissible; la renonciation envisagée doit toujours être non avenue.

Cependant, si un associé voulait user de son droit de dissolution, les autres associés, ou même l'un d'eux, pourraient rendre taisant cet associé dissident en lui offrant le remboursement immédiat d'une somme égale à celle qui lui reviendrait pour sa part, si une liquidation était faite tout de suite. Si l'associé refusait d'accepter et prétendait vouloir exercer quand même son droit de dissolution, on pourrait soutenir que ce droit est exercé malicieusement, car l'intérêt est la mesure des actions.

Une doctrine indulgente admet encore que la renonciation des associés au droit de demander la dissolution d'une société à durée illimitée est valable, si la liberté de sortir de l'association est pleinement assurée à chacun d'eux par la faculté de céder ou transmettre sa part d'intérêt. Il est reconnu, en effet, que les art. 1865, n° 5, et 1869 sont généraux et s'appliquent à toutes les sociétés, tant aux associations de capitaux qu'aux associations de personnes.

S'il s'agit d'une société constituée par actions, il ne saurait y avoir de doute; la facilité de mettre un tiers à sa place en aliénant les actions dont il est porteur enlève à tout porteur d'action l'intérêt de demander la dissolution en vertu seulement de l'art. 1869.

Mais quand il s'agit d'une part d'intérêt, la renonciation au droit d'exercer la résolution serait nulle, si la faculté de transmission, quoique reconnue en principe, était subor-

(1) Voy. BELTJENS, *Encycl.*, sur les art. 1869-1870, n° 8 *bis*, et les autorités citées.

donnée à l'agrément du conseil d'administration ou à toute autre condition de nature à en entraver l'exercice (1).

127. La dissolution d'une société à durée illimitée ne dépend pas uniquement de la volonté de l'associé dissident. Sa renonciation ne dissout la société que si elle est notifiée à tous les associés et faite de bonne foi et non à contre-temps. La même règle a été appliquée aux associations en participation (2) et même aux associations syndicales (3).

La loi n'exige aucune forme spéciale pour la validité de la notification dont il s'agit. Le ministère d'huissier est inutile, et il n'est pas besoin de rédiger un acte sous-seing privé dans la forme de l'art. 1325. La preuve en sera faite d'après les règles du droit commun (art. 1341).

La notification qui ne serait pas faite à tous les associés serait nulle. La nullité peut d'abord être invoquée par les associés qui n'ont pas reçu la notification; elle peut aussi être relevée par les autres, qui devront mettre toutes les parties en cause. Si ceux qui n'ont pas reçu la notification veulent néanmoins confirmer la renonciation irrégulière, l'action des autres tombera (4).

Il faut encore que la renonciation intervienne de bonne foi et ne soit pas faite à contre-temps.

Théoriquement, une renonciation pourrait être faite à contre-temps et cependant se produire de bonne foi. L'art. 1870 semble distinguer les deux cas. En réalité, ils finissent par se confondre, car si l'associé dissident a commencé par manifester, de bonne foi, sa volonté de dissoudre

(1) Cass. 1er juill. 1859, D. 59, 1, 244; Cass. 13 juill. 1868, D. 69, 1, 137; AUBRY et RAU, § 384, texte et note 16; PONT, nos 740-744; GUILLOUARD, no 333; Comp. LAURENT, t. XXVI, no 397.

(2) Rennes, 4 janv. 1894, D. 94, 2, 120.

(3) Nancy, 19 mars 1892, D. 93, 2, 21.

(4) Voy. DUVERGIER, nos 458, 460; DURANTON, t. XVII, no 477; PONT, nos 749-750; LAURENT, t. XXVI, no 399; ARNTZ, t. IV, no 1317; GUILLOUARD, no 331.

la société, il devra, s'il est réellement de bonne foi, ne pas persister s'il lui est démontré que les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que la dissolution soit différée. Mais les parties ne seront pas toujours d'accord et un procès pourra s'engager sur le point de savoir si la renonciation notifiée par le dissident répond aux exigences de l'art. 1870. Or, il a été jugé qu'il peut être valablement stipulé qu'un associé sera libre de renoncer à la société, à son gré, quand même sa retraite serait inopportune (1). Nous ne pouvons admettre cette décision ; un associé ne peut pas être traité comme le premier venu qui est étranger aux affaires de la société ; il doit les connaître et est censé les connaître. Dans ces conditions, il sait fort bien que sa retraite est inopportune, et s'il s'est réservé le droit d'y persister quand même elle serait inopportune, c'est comme s'il s'était réservé le droit de commettre un dol contre la société, ou, tout au moins, ce que certains commentateurs ont appelé une faute lourde assimilable au dol. La clause dont il s'agit doit donc être inopérante.

Aucune loi ne défend à un associé d'entreprendre à son profit exclusif, après sa retraite de la société, un commerce semblable à celui qui avait fait l'objet de l'association. Il ne peut pas être traité comme celui qui a vendu un fonds de commerce, et qui, à titre de vendeur, doit une certaine garantie (Voy. t. X, n° 112). Il en serait autrement d'un associé qui aurait apporté à la société un établissement commercial dont il aurait reçu le prix ou l'équivalence, et qui se retirerait ensuite pour établir un établissement similaire dans des conditions nuisibles à la société.

128. Ce n'est que lorsque la société a une durée illimitée qu'elle peut être dissoute par la volonté d'une partie.

ART. 1871. La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé

(1) Bruxelles, 31 mars 1874, *Pas.*, 74, 1, 150.

manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges (*).

Plusieurs points sont à remarquer :

D'abord il s'agit de la dissolution d'une société qui a juridiquement existé.

Il s'agit en second lieu d'une dissolution ne pouvant produire son effet qu'au moyen d'une demande en justice, et à partir de la sentence à intervenir.

Enfin la loi donne deux exemples de causes légitimes de résolution : 1° Le manquement par un associé à ses engagements; 2° une infirmité habituelle le rendant inhabile aux affaires de la société.

Or, on a prétendu que la première de ces causes n'est autre que la condition résolutoire tacite dont parle l'art. 1184 (1). Mais cela n'est pas possible; la résolution qui a lieu par application de l'art. 1184 anéantit rétroactivement le contrat lui-même; les choses sont remises au même état que si la société n'avait jamais existé (Voy. t. VII, n° 276). Il y aura eu simplement communauté de fait; chacun des associés reprendra ses apports, et les pertes seront supportées à titre de dommages-intérêts par l'associé qui a manqué à ses engagements (2).

Au contraire, quand la dissolution est demandée et obtenue en vertu de *justes motifs*, comme le dit l'art. 1871, la société a existé, elle a produit ses effets; il faudra donc la liquider et la partager.

Mais alors comment se fait-il que l'art. 1871 place au nombre des causes ne pouvant entraîner que pour l'avenir la dissolution d'une société, le manquement à ses engagements par un associé, manquement qui, d'après les principes

(*) Art. 1871. — L. 14, 15, D. 17, 2, *Pro socio*.

(1) Voy. LAURENT, t. XXVI, n°s 401 à 403.

(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 407.

sur la condition, devrait entraîner, rétroactivement, l'anéantissement du contrat?

Il est certain qu'il y a là une difficulté laquelle ne disparaît pas par l'effet de cette circonstance que les auteurs négligent de la signaler. Peut-être pourrait-on ne voir dans l'art. 1871 qu'une référence pure et simple à l'art. 1184 qui devrait recevoir son application chaque fois que le cas le comporterait. L'art. 1871 serait alors mal rédigé puisqu'il semblerait admettre une solution unique pour deux hypothèses bien différentes. Peut-être aussi vaudrait-il mieux distinguer entre les infractions positives et directes aux obligations dérivant du contrat, et les infractions négatives qui ne sont pas incompatibles avec une exécution du contrat. La jurisprudence se prête à cette solution; ainsi, il a été jugé que la dissolution pouvait être demandée dans les termes de l'art. 1871, lorsque l'un des associés, au mépris des stipulations de l'acte social qui ne l'autorisait à prélever qu'une somme déterminée par mois, s'est permis d'opérer des prélèvements plus considérables, de pareils faits constituant un manquement aux engagements contractés (1). Il y aurait simplement violation d'une clause accessoire dont l'inexécution n'impliquerait pas celle du contrat lui-même (V. t. VII, n° 269).

129. On a de même décidé que la dissolution avant le terme convenu pouvait être demandée et obtenue : en cas de mésintelligence grave entre les associés (2); d'opposition persistante de l'un des associés à des mesures utiles à la société (3), de défaut de concours aux opérations sociales (4) ou de défaut de surveillance du personnel (5). Il est manifeste que

(1) Cass. 21 fév. 1888, S. 88, 1, 152.
(2) Orléans, 19 nov. 1887, D. 88, 2, 162, etc.
(3) Cass. 4 fév. 1852, D. 52, 1, 82; AUBRY et RAU, § 382; GUILLOUARD, nos 334 et 148.
(4) Comp. Cass. 15 nov. 1876, D. 78, 1, 124.
(5) Rennes, 7 déc. 1893, D. 94, 2, 87.

dans toutes ces hypothèses la demande en dissolution ne peut jamais être formée par celui des associés dont la faute motive la résolution (1). Le contraire n'a pu être jugé que par erreur.

La dissolution peut encore être demandée pour des causes intrinsèques, par exemple l'absence de bénéfices (2), et pour des causes personnelles à un associé, comme la dation d'un conseil judiciaire (3).

Il faudrait considérer comme une cause intrinsèque la retraite d'un associé en nom collectif dont le nom figurerait dans la raison sociale. Il peut en résulter une modification essentielle aux conditions dans lesquelles la société a été constituée, modification pouvant être invoquée par les commanditaires pour obtenir une dissolution (4).

L'infirmité d'un associé pour être une cause légitime de dissolution doit être habituelle ; une maladie passagère ne suffirait pas. La dissolution de la société peut alors être obtenue pour l'avenir, par l'associé infirme, malgré la résistance des autres associés. C'est comme un cas fortuit dont ces derniers doivent porter la conséquence. Ils pourraient également s'en prévaloir si cette infirmité mettait celui qui en est atteint dans l'impossibilité de fournir le concours par lui promis.

Dans tous les cas la faculté de provoquer la dissolution pour de justes motifs est propre à chacun des associés qui ne pourraient valablement y renoncer d'avance ; la légitimité et la gravité du *juste motif* sont laissés *à l'arbitrage des juges*, et leur appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation (5).

130. La dissolution avant terme peut aussi être demandée, s'il y a de justes motifs, dans les sociétés par actions, et ces justes motifs sont également laissés à l'appréciation souve-

(1) Paris, 27 mars 1895, D. 95, 2, 319.
(2) Cour suprême d'Autriche, 28 juin 1887, *Pandectes franç.*, 87, 5, 39.
(3) Voy. GUILLOUARD, n^{os} 313, 334.
(4) Cass. 21 mai 1889, D. 91, 1, 80.
(5) Cass. 4 fév. 1895, S. 95, 1, 120.

raine des tribunaux. La dissolution pourra, par exemple, être prononcée s'il est reconnu que le fonctionnement de la société est devenu impossible (1).

Cette dissolution pourra être demandée par tout actionnaire. S'il existe dans les statuts une stipulation portant qu'aucune action en justice ne pourra être introduite par un actionnaire contre la société, ou son conseil d'administration, sans avoir été au préalable soumise à l'assemblée générale des actionnaires, dont l'avis devra être déféré aux tribunaux en même temps que la demande elle-même, cette stipulation n'empêchera pas l'actionnaire de former en justice une demande en dissolution, car la disposition de l'art. 1871 est considérée comme ayant un caractère d'ordre public auquel il n'est pas permis de déroger (2).

La loi de 1867 prévoit un cas spécial dans lequel la dissolution d'une société anonyme peut être demandée :

« En cas de perte des trois quarts du capital social, dit l'art. 37, les administrateurs sont tenus de réunir l'assemblée générale de tous les actionnaires à l'effet de décider s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. »

La résolution de l'assemblée régulièrement consultée et constituée est souveraine (3); elle doit être dans tous les cas rendue publique, afin que les tiers sachent bien que la majorité a reconnu que la société pourrait continuer de fonctionner malgré la perte d'une partie notable du capital social.

Si les administrateurs ou à leur défaut les commissaires de surveillance (L. de 1867, art. 30) négligent de réunir l'assemblée, ou si l'assemblée n'a pu se constituer régulièrement, tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux. Ceux-ci auraient à apprécier

(1) Paris, 7 juin 1886, *J. des soc.*, 86, 712.
(2) Cass. 4 fév. 1895, D. 95, 1, 183; Paris, 8 mars 1889, D. 90, 2, 234; Voy. cep. Toulouse, 18 janvier 1887, *Rev. des soc.*, 87, p. 257.
(3) Cass. 29 janv. 1894, S. 94, 1, 169.

souverainement si le capital social est perdu aux trois quarts, et si en présence d'une combinaison nouvelle qui assure l'avenir de la société, il y a lieu d'en refuser la dissolution (1).

Aux causes de dissolution ordinaire des sociétés, il y a lieu d'ajouter, pour les sociétés anonymes, la réduction, au-dessous de sept, du nombre des actionnaires. Dans ce cas, toute personne intéressée peut demander la dissolution, mais cette dissolution est facultative pour les tribunaux. Cette dissolution ne peut d'ailleurs être prononcée que lorsqu'il s'est écoulé un an depuis que les actionnaires sont moins de sept. On leur laisse ce temps pour qu'ils puissent chercher de nouveaux associés afin d'éviter la dissolution (2).

Pour les sociétés en commandite par actions, la loi n'indique pas le cas où la perte du capital social est assez importante pour que la convocation de l'assemblée générale soit obligatoire.

Lorsque, en l'absence de clauses spéciales dans les statuts, l'assemblée générale est d'avis de provoquer une dissolution judiciaire, l'action est introduite par le conseil de surveillance ou par des commissaires spéciaux désignés à cet effet. Si l'assemblée générale se prononce contre la mesure de la dissolution, les actionnaires conservent néanmoins le droit d'exercer eux-mêmes, individuellement, l'action en dissolution, par application de l'art. 1871 (3).

N° 3. — Liquidation et partage des sociétés.

131. — Renvoi aux règles concernant les partages des successions, art. 1872.

132. — Du liquidateur; distinction à faire entre les sociétés ayant la personnalité civile et celles qui ne l'ont pas. A qui appartient la nomination du liquidateur.

133. — But final de la liquidation.

(1) Cass. 8 mars 1882, D. 83, 1, 81.
(2) Voy. ROUSSEAU, *loc. cit.*, n° 1178.
(3) PONT, n°s 1921, 1924; LYON-CAEN et RENAULT, n° 446.

134. — L'art. 820 est en principe applicable, ainsi que les art. 829 et 830.
135. — Partage en nature; application des art. 882 et 886.
136. — Les art. 841 et 792 ne s'appliquent pas.
137. — Effet déclaratif du partage.

131. Après la dissolution de la société, chaque associé peut demander la liquidation et le partage du fonds social, c'est-à-dire tant des mises ou apports des associés que des bénéfices.

ART. 1872. Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés.

Cette déclaration a été faite principalement pour les sociétés civiles, qui, d'après la théorie du Code, d'ailleurs méconnue par la jurisprudence, ne jouissent pas de la personnalité civile. Nous verrons en effet qu'il y a certaines précisions importantes à faire pour les sociétés qui jouissent de cette personnalité.

C'est surtout en ce qui concerne la liquidation qu'il y a lieu de distinguer entre les deux espèces de société.

La liquidation consiste dans la détermination exacte des divers éléments de l'actif et du passif, ce qui comprend le règlement particulier du compte de chaque associé se trouvant créancier ou débiteur de la société. C'est là une opération préalable au partage (1) et qui se fait sur le papier. Cette opération n'implique ni le paiement immédiat du passif, ni le recouvrement immédiat de l'actif, quoiqu'il faille bien en arriver là. On pourra, en effet, comme en matière de succession, mettre dans chaque lot des créances à recouvrer (art. 832) et des dettes à payer.

Pour procéder à cette liquidation et au partage qui doit en être la conséquence, les associés peuvent agir personnellement ou par mandataire.

132. Ils peuvent aussi désigner un mandataire commun qui sera chargé d'opérer le recouvrement de l'actif et l'acquit-

(1) Cass. 8 fév. 1882, D. 82, 1, 317.

tement du passif. Ce mandataire commun pourra être appelé *liquidateur*, mais en réalité il ne représentera que les divers associés. Le véritable liquidateur est en effet celui qui représente la société quand elle constitue un être de raison. Or, quand il s'agit d'une société qui ne constituait pas un être de raison, et qui est dissoute, il n'y a plus qu'une communauté de fait devant prendre fin par un partage, et il ne saurait être question de nommer un liquidateur à une association ou communauté de fait qui n'a pas de personnalité juridique (1). Les associés sont dans la situation de tous ceux qui auraient un intérêt commun à désigner un même mandataire et qui ne peuvent parvenir à s'entendre; la justice n'a pas à intervenir.

Quand il s'agit d'une société ayant la personnalité civile, l'être de raison disparaît par l'effet de la dissolution de cette société. Mais la jurisprudence admet que la société, c'est-à-dire l'être de raison, se survit pour les besoins de sa liquidation (2). Cet être de raison doit donc être représenté par un mandataire. Ce mandataire sera un liquidateur chargé de réaliser l'actif social et d'éteindre le passif (3), c'est-à-dire d'entrer en relation avec les tiers pour soutenir, en demandant ou en défendant, les prétentions sociales au nom de la société en liquidation (4).

La nomination du liquidateur appartient en principe aux actionnaires qui peuvent le désigner éventuellement dans les statuts, ou procéder à sa désignation dans une assemblée générale tenue conformément aux statuts. Si les associés ne sont pas d'accord pour choisir le liquidateur, ou si la société

(1) Paris, 11 juill. 1885, D. 86, 2, 117.

(2) Cass. 11 mars 1884, S. 85, 1, 447; Paris, 28 déc. 1888, *Rev. des soc.*, 1889, p. 189.

(3) Paris, 14 déc. 1887, *J. des soc.*, 1888, p. 620; Voy. Douai, 24 déc. 1883, D. 85, 2, 105.

(4) Cass. 16 mai 1877, D. 78, 1, 84.

est nulle, il y a lieu à nomination d'un liquidateur judiciaire (1). Mais il ne saurait appartenir aux tribunaux de substituer un liquidateur judiciaire au liquidateur régulièrement nommé par la majorité des actionnaires. Il y a cependant une tendance à faire prévaloir la nomination d'un liquidateur judiciaire. Ainsi il a été décidé que les juges du fait sont souverains pour admettre qu'il n'y a pas lieu de confier la liquidation d'une société à un associé désigné par les statuts lorsqu'il y a des justes causes pouvant faire craindre que cet associé compromette les intérêts communs (2).

133. Le liquidateur, dès son entrée en fonctions, doit faire l'inventaire des biens sociaux; il doit tenir régulièrement les écritures de ses opérations et réunir annuellement l'assemblée générale dont les pouvoirs continuent de subsister pendant la liquidation. Il doit enfin réaliser l'actif aussi rapidement que possible, et payer le passif de manière à répartir l'excédent entre les actionnaires.

La répartition de l'actif ne peut avoir lieu qu'après le paiement des dettes sociales, sinon les créanciers auraient une action en restitution tout à la fois contre les liquidateurs et contre les actionnaires (3).

Dans les sociétés par actions la liquidation aboutit ordinairement à une simple réception de sommes; les choses se passent à peu près comme dans le règlement des faillites. On a même jugé que l'art. 1872 ne concerne que les sociétés contractées entre personnes déterminées, et non celles qui faisant abstraction des personnes ne s'adressent qu'aux capitaux (4).

(1) Paris, 28 mai 1884, *J. des soc.*, 1884. p. 488.
(2) Cass. 30 avr. 1873, S. 73, 1, 123.
(3) Cass. 2 déc. 1891, *Le Droit* du 16 déc. 1891; Cass. 28 janv. 1884, D. 84, 1, 145.
(4) Bruxelles, 8 mars 1848, *Pas.*, 48, 2, 308.

Dans les sociétés de personnes qui ne sont pas devenues des êtres de raison, les opérations ressemblent davantage à celles qui sont la conséquence de l'ouverture d'une succession.

134. Ainsi, l'art. 820 qui permet aux créanciers de requérir l'apposition des scellés en vertu d'un titre exécutoire ou d'une permission du juge est applicable à la société en cas de dissolution. Il appartient au juge d'apprécier d'après les circonstances l'opportunité de cette mesure. Il en sera de même en cas de décès de l'un des associés. Si une clause du contrat, stipulant en cas de ce décès la continuation de la société entre les survivants, interdisait l'apposition des scellés, soit pour ce cas, soit d'une manière générale, cette interdiction serait valable entre les associés, mais non à l'égard des tiers.

L'apposition des scellés ne doit pas s'étendre aux fonds et valeurs qui sont indispensables pour faire face aux opérations et obligations journalières de la société (1). Le juge d'ailleurs prescrira les mesures nécessaires à l'effet de concilier les divers intérêts (2).

Les livres et registres de la société, quoique tenus, en fait, par un seul des associés, sont néanmoins des écritures communes qui feront foi entre tous les associés, et pourront servir de base aux règlements de leurs comptes (3).

Si ces comptes font ressortir une dette à la charge de l'un des associés, on appliquera les art. 829 et 830 (4). Par conséquent si le rapport de la dette n'est pas effectué en nature, il y aura lieu, au profit des autres associés, à un prélèvement d'égale importance. Si celui qui devait le rapport ne peut

(1) Bruxelles, 23 nov. 1863, *Pas.*, 64, 2, 115; PONT, n° 787; LAURENT, t. XXVI, n° 412; GUILLOUARD, n° 342.

(2) Cass. 23 juill. 1872, D. 73, 1, 335.

(3) Cass. 17 fév. 1869, D. 70, 1, 40.

(4) Cass. 6 août 1895, D. 96, 1, 125; Cass. 9 fév. 1887, D. 87, 1, 193.

l'effectuer parce qu'il est tombé en faillite, les autres ne pourront recouvrer ce qui leur est dû qu'en produisant dans la faillite, avec les créanciers de leur associé sur la part de celui-ci dans l'actif commun, part revenant à la faillite (1). L'art. 856 ne sera pas applicable, mais seulement les règles concernant les contrats. Les intérêts des sommes dues ne courront qu'à partir de la demande en justice (art. 1153) (2).

Si les comptes font au contraire ressortir une créance au profit de l'un des associés, celui-ci aura un prélèvement à exercer de ce chef.

Mais celui qui fait partie d'une société soit civile, soit commerciale en liquidation, n'est pas recevable à actionner les liquidateurs en paiement d'une somme qui lui serait due en vertu du pacte social, alors que les liquidateurs n'ont pas encore pu établir les comptes de chaque associé à l'égard de la société. La créance dont il s'agit devra être comprise dans l'ensemble des comptes de la liquidation dont l'établissement définitif permettra seul de déterminer si l'associé est créancier et pour quelle somme (3).

Chaque associé reprendra aussi les choses qu'il a apportées dans la société pour la jouissance seulement.

135. Les rapports et prélèvements étant opérés, il y a lieu de procéder alors au partage proprement dit, en suivant toujours les règles de successions, à l'exception de celles qui, d'après leur nature, sont exclusivement propres aux partages des successions (4).

C'est le partage en nature qui est de règle. La licitation

(1) Cass. 25 mars 1890, D. 90, 1, 475; Cass. 8 fév. 1882, D. 82, 1, 317.

(2) Cass. 24 fév. 1879, D. 79, 1, 103.

(3) Trib. Bruges, 9 mars 1891, *Pas.*, 91, 3, 385; Trib. Bruxelles, 10 avr. 1883, *Pas.*, 83, 3, 122.

(4) Cass. arrêt précité du 8 fév. 1882.

n'aura lieu que si les biens ne sont pas commodément partageables; on appliquera alors l'art. 827.

Les art. 886 et 882 relatifs à la part en nature des meubles et immeubles qui doit revenir aux héritiers et à la composition des lots sont applicables au partage de la société.

Les créanciers des associés ont la faculté d'intervenir au partage, conformément au droit commun pour éviter qu'il y soit procédé hors de leur présence. Mais l'art. 882 n'est plus applicable quand il ajoute que les créanciers ne peuvent attaquer le partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée (1). A ce point de vue, en effet, l'art. 882 est une disposition exceptionnelle dérogeant à l'art. 1167 (Voy. t. V, n° 434).

Les associés procéderont au partage soit directement, soit par mandataires. Ils pourront même être représentés par ceux à qui ils auraient transmis leurs droits dans l'actif commun. Ces derniers ne pourraient être écartés par l'exercice du retrait successoral, lequel, dans la théorie du Code, n'est qu'un droit de famille admis en faveur des cohéritiers (Voy. t. V, n^{os} 320, 331) (2).

L'art. 792, relatif au recel et au divertissement des effets d'une succession par les héritiers, ne s'applique pas à la société (Voy. t. V, n° 202) (3).

Mais le partage pourra être rescindé pour cause de lésion de plus du quart, et il donnera lieu, comme entre cohéri-

(1) Cass. 17 nov. 1890, S. 94, 1, 399; DUVERGIER, n° 475; AUBRY et RAU, § 385, texte et note 1; LAURENT, t. XXVI, n° 413; GUILLOUARD, n° 350.

(2) DUVERGIER, n° 474; PONT, n° 783; LAURENT, t. XXVI, n° 411; ARNTZ, t. IV, n° 1320; GUILLOUARD, n° 348; *Contrà*, PARDESSUS, t. IV, n° 1085.

(3) Cass. 28 août 1865, D. 65, 1, 352; note sous Cass. 20 janv. 1885, D. 85, 1, 359; AUBRY et RAU, § 385, texte et note 5; LAURENT, t. XXVI, n° 414; GUILLOUARD, n° 348.

tiers, à l'application des art. 884 et suiv. sur la garantie.

137. Le partage entre associés est déclaratif de propriété; l'art. 883 doit recevoir son entière application (1). Le partage qui suit une dissolution de société aura toujours un effet rétroactif plus ou moins étendu suivant une distinction que nous avons déjà faite (Voy. t. V, n° 443).

S'il s'agit d'une société constituant une personne juridique, ou considérée par la jurisprudence comme constituant une personne juridique, la rétroactivité s'arrête à la dissolution de la société (*Suprà*, n° 29).

Si la société n'est pas une personne civile, elle est traitée comme une indivision établie par contrat; le partage rétroagit au jour de la constitution de la société, ou bien à l'époque où les immeubles sont devenus indivis, c'est-à-dire à l'époque où la société en a fait l'acquisition.

Par conséquent les charges et hypothèques que l'un des associés aura établies pendant l'indivision, sans en avoir reçu le pouvoir des autres, sur une chose ou sur sa part d'une chose de la société, s'évanouiront par l'effet du partage si cette chose tombe dans un lot autre que le sien. Si les hypothèques et charges avaient été établies du consentement de tous les associés, ou par l'administrateur ou gérant qui les représentait, elles devraient être maintenues, car celui qui recevrait la chose grevée dans son lot, aurait contribué lui-même à établir ces charges.

Les mêmes règles s'appliquent à la licitation; par conséquent l'inscription que la femme de l'un des associés avait prise sur l'immeuble licité pour son hypothèque légale, serait effacée par l'adjudication de l'immeuble au profit d'un autre associé.

Il en serait autrement si l'immeuble était adjugé à un tiers; dans ce cas la licitation étant une vente laisserait

(1) Cass. 14 déc. 1887, D. 88, 1, 385.

subsister les hypothèques de même que tous les droits réels grevant *la chose* vendue (1).

Disposition relative aux sociétés de commerce.

138 *bis*. — Déclaration.

138 *bis*. Notre titre IX est terminé par la déclaration suivante :

ART. 1873. Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce.

Cette disposition est expliquée par tout ce qui précède. Mais on peut dire que le contrat de société est aujourd'hui à peu près commercialisé, et que son domaine purement civ est bien réduit.

APPENDICES AU TITRE IX

N° 1. — Règles de Droit international privé.

139. — De la prétendue nationalité des sociétés.
140. — De la loi applicable au contrat de société.
141. — A défaut de déclaration valable contraire, la loi en vigueur au siège social doit être suivie.
142. — Application à des cas particuliers, notamment à la propriété de navires possédés par une société.
143. — Suite.
144. — Condition en France des sociétés étrangères.
145. — Suite.
145 *bis*. — Caractère civil ou commercial des sociétés étrangères.

139. Plusieurs hypothèses doivent être prévues :

Il s'agit d'abord d'une société qu'on prétend avoir été créée et établie à l'étranger par des Français, ou en France par des étrangers ou bien par des Français et par des étrangers;

On peut ensuite prévoir le cas d'une société certainement

(1) Voy. LAURENT, t. XXVI, n° 418; ARNTZ, t. IV, n°s 1328-1330; GUILLOUARD, n° 356.

étrangère qui veut se livrer dans notre pays à des opérations rentrant dans le cadre de son objet. Dans ce dernier cas, il s'agira de savoir quelle est en France la condition des sociétés étrangères.

Dans le premier cas, il semble que la question conduise à rechercher quelle est la nationalité de la société. C'est ainsi, en effet, que l'entendent généralement les auteurs. Mais c'est là une pure équivoque.

La question ainsi posée impliquerait, en effet, qu'on parle d'une société ayant une personnalité civile distincte des individualités qui le composent. Il s'agirait alors de rechercher quelle est la nationalité de l'être moral. Il ne faut pas cependant se laisser tromper par une terminologie mal faite, ou plutôt par des habitudes de langage défectueuses. En réalité, les sociétés, qu'elles aient ou qu'elles n'aient pas la personnalité civile, n'ont pas et ne peuvent avoir une nationalité (1). Il s'agit plus simplement de rechercher quelle est la législation appelée à régir les rapports juridiques créés par un contrat de société, et la question peut se poser aussi bien dans le cas d'un contrat de société ayant abouti à la création d'un être de raison, que dans le cas d'un contrat de société n'ayant pas eu ce résultat.

140. Dans toute hypothèse, le contrat de société obéit en principe aux règles qui gouvernent tous les autres contrats, soit pour les conditions de forme et de preuve, soit pour les conditions de fond. Ainsi, par exemple, la clause d'une société formée entre étrangers, mettant en commun des biens à provenir de succession, ne pourrait produire aucun effet en France comme étant contraire à une disposition d'ordre public (art. 1836, 1837) (2).

Sauf en ce qui concerne les conditions de forme et de preuve, et l'application des lois dites d'ordre public, c'est la

(1) LAURENT, t. I, n° 307; DE FOLLEVILLE, *De la natur.*, p. 5.
(2) Paris, 26 janv. 1888, *Gaz. Pal.*, 9 fév. 1888.

volonté des parties qui déterminera la loi applicable au contrat de société. Nous rappelons que, d'après les principes généraux, c'est seulement quand elles ne se sont pas expliquées sur ce point qu'il convient de rechercher, d'après les circonstances, quelle a été leur véritable intention. C'est alors seulement que le lieu du contrat ou celui de l'exécution pourront être pris en considération (Voy. t. I, n° 159).

Mais la déclaration des parties qu'elles entendent se soumettre, quant à la société qu'elles vont créer, à la loi de tel pays, ne doit pas être en contradiction avec la réalité des faits, autrement elle serait inopérante.

Ainsi les sociétés, sans avoir un domicile proprement dit, peuvent avoir un principal établissement, une *maison spéciale* (art. 69 § 6, C. pr. c.) (Voy. t. I, n^{os} 372, 373). Ce principal établissement, s'il est distinct du siège social, pourra être attributif de juridiction (1), car elles peuvent avoir plusieurs domiciles.

Elles peuvent aussi avoir un centre principal d'opérations dans un pays, en Afrique, par exemple, pour l'exploitation d'une mine, et le siège de leur administration dans un autre pays. Il est manifeste que les associés ne pourraient valablement déclarer vouloir être régis par la loi d'un troisième pays dans lequel ne serait ni le siège de l'administration, ni le centre de l'exploitation. Mais ils demeurent libres de choisir, soit la loi du lieu de l'exploitation, soit celle qui est en vigueur au siège de leur administration.

141. Si les associés ne se sont pas expliqués sur ce point dans les statuts, il semble légitime de présumer que les intéressés ont voulu se soumettre à la loi du siège social plutôt qu'à celle du lieu d'exploitation. Une société sera donc étrangère si elle a à l'étranger son administration, ses bureaux, sa caisse et sa comptabilité, si elle y tient les

(1) Cass. 18 nov. 1890, S. 93, 1, 23.

réunions du conseil et les assemblées d'actionnaires. Dans cette opinion une société peut, valablement, se constituer à l'étranger suivant la loi étrangère pour exploiter des établissements situés en France (1). Réciproquement, on ne saurait considérer comme étrangère une société qui a pour objet la construction et l'exploitation d'un débarcadère maritime à l'étranger, alors que son siège social est en France, que son conseil d'administration se réunit en France et que ses actions ont été émises en France (2).

L'opinion qui vient d'être exposée a soulevé certaines objections qui ne devraient plus, ce semble, être formulées à notre époque : « Il ne faut pas, a-t-on dit, que la *nationalité* (?) d'une société se lie à des circonstances ou à des faits qui dépendent exclusivement de la volonté de l'homme, comme la fixation du centre de l'administration sociale. Autrement les fondateurs pourraient, à leur gré, se soumettre ou échapper aux dispositions restrictives de la loi (3). »

Mais nous ne voyons aucun inconvénient à ce qu'il puisse en être ainsi. Puisqu'on parle de *nationalité* à propos d'êtres fictifs qui ne peuvent en avoir aucune, nous rappellerons que l'homme n'est pas attaché à la glèbe; qu'il est maître d'abdiquer sa nationalité d'origine pour la remplacer par une autre, qu'il ne saurait y avoir de naturalisation *en fraude de la loi* (Voy. t. I, n° 290), qu'on peut avoir son établissement, c'est-à-dire son domicile à l'étranger (Voy. t. I, n° 370), et que, finalement, c'est la moindre des choses que l'individualité humaine puisse, librement, choisir la loi à

(1) VAVASSEUR, *J. du Dr. int. pr.*, p. 344; CHERVET, *Des soc. comm. en Dr. int. pr.* (Thèse de Paris, 1886); LEFÈVRE, *J. du Dr. int. pr.*, 1882, p. 403.

(2) Cass. 20 juin 1870, D. 70, 1, 416; Comp. Cass. 21 juin 1880, S. 81, 1, 130.

(3) LYON-CAEN, *J. des soc.*, 1880, p. 26; LYON-CAEN et RENAULT, p. 295.

laquelle elle entend se soumettre, pourvu que les faits se trouvent d'accord avec ses déclarations.

Si les faits ne sont pas d'accord avec les déclarations; si, par exemple, le siège social indiqué par les statuts est fictif, il est manifeste que les parties ne seront pas régies par la lo en vigueur au lieu de ce prétendu siège social, mais par la loi en vigueur au lieu où se trouve en réalité le principal établissement de la société (1); ce sera un cas de *fraude positive*, et non un de ces cas de prétendue *fraude à la loi* arbitrairement créés par la jurisprudence (Voy. t. I, n° 201).

Si, après avoir fonctionné en France comme française, une société transportait à l'étranger son principal établissement, elle perdrait son existence légale, et devrait se reconstituer suivant la loi du pays d'établissement. A l'inverse, une société étrangère pourrait se transformer en société française, en transportant en France son principal établissement, mais un actionnaire de cette société pourrait refuser d'adhérer à la transformation (2).

142. On voit donc d'après quels principes on pourra distinguer les sociétés françaises, c'est-à-dire régies par la loi française, des sociétés étrangères, c'est-à-dire régies par une loi étrangere. Nous employons ces formes de langage pour montrer qu'il n'y a rien dans notre formule qui se rattache à l'idée de *nationalité*. Mais les auteurs ne l'entendent pas ainsi, et leur casuistique est singulièrement troublée par cette idée de nationalité, surtout quand on veut l'appliquer aux sociétés constituant une personne morale.

Ainsi d'après la loi du 9 juin 1845, un navire, pour être réputé français, doit appartenir à des Français au moins pour la moitié de sa propriété. Supposons qu'un navire appartienne à une société constituée par actions, il suffira, pour que le

(1) Cass. 25 fév. 1879, D. 80, 1, 20; Paris, 12 mai 1881, *J. du Dr. int. pr.*, 1882, p. 317; Bruxelles, 13 janv. 1877, *Pas.*, 77, 3, 226, etc.

(2) Cass. 7 juin 1880, S. 80, 1, 348.

navire soit français, que la société se soit constituée en France conformément à la loi française. On dit alors que la société jouit de la nationalité française, et que l'être de raison, demeurant distinct des individualités qui le composent, il importera peu que plus de la moitié des actions soit possédée par des étrangers (1).

143. Mais alors apparaît une autre difficulté : l'art. 11 de la loi du 9 juin 1845 combinée avec un décret du 27 vendémiaire an II, exige non seulement que les propriétaires des navires prêtent serment que la moitié au moins de la propriété du navire appartient à des Français, mais encore que les propriétaires prêtent serment qu'ils sont *citoyens français!* Or, il est manifeste qu'une société anonyme n'a pas la qualité de citoyen français. Comment donc faudra-t-il procéder quand une société anonyme ou autre voudra devenir propriétaire d'un navire? Il faudrait évidemment en ce cas pouvoir modifier (ou supprimer) la formule du serment. Le Conseil d'État plusieurs fois consulté sur ce point a répondu notamment en 1887 (2) : *qu'il est impossible de reconnaître à une société anonyme la qualite de citoyen français*, et que le pouvoir législatif seul pouvait modifier les lois précitées.

Il faudrait donc décider qu'une société française civile, constituée sous la forme par actions, ne pourrait pas arborer le pavillon français sur les navires qu'elle aurait fait construire pour le transport de son charbon ou de son minerai! Le Conseil d'Etat ne paraît y voir aucun inconvénient : « Rien ne fait obstacle, déclare-t-il dans l'avis précité, au pouvoir de l'administration des douanes, de refuser les titres de francisation provisoire aux sociétés dont la constitution ne lui paraîtrait pas répondre aux vœux du législateur sur la matière. »

(1) DESJARDINS, *Dr. marit.*, p. 107; RUBEN DE COUDER, *Dict.*, v° *Francisation*, n° 19.

(2) Avis du Cons. d'Etat du 5 avr. 1887; Voir le texte cité par VINCENT et PÉNAUD, *Dict.*, v° *Navire*, n° 10.

Pour nous, il résulte des textes précités que le législateur n'a pas prévu le cas où des navires appartiendraient à des sociétés anonymes *ou autres*, comme dit le Conseil d'Etat, e que par conséquent, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, le décret de l'an II et la loi de 1845 ne peuvent recevoir d'application pour ces hypothèses non prévues.

Ces textes étant écartés on fait surgir une difficulté nouvelle quand le navire appartient à une société par intérêts, par exemple à une société en nom collectif? « L'être moral, s'est-on demandé, est-il *tellement* distinct de la personne des associés, qu'il suffise que la société, pour être réputée française, ait été constituée en France et qu'elle y ait établi son siège social, alors que les associés sont de nationalité étrangère (1)? » On a jugé que sans doute une telle société est une personne morale distincte des associés qui l'ont formée; mais que cependant cette personne ne peut, en droit, jouir d'un statut différent de celui des membres qui la composent. Par conséquent, si tous les associés sont étrangers, la société qui agit comme demanderesse en matière civile peut être tenue de fournir la caution *judicatum solvi* (2). On a conclu en outre du même aperçu qu'en admettant qu'une telle société fût française, on peut soutenir qu'elle ne peut être propriétaire de navires français (3). Mais tout cela est fort douteux. C'est la préoccupation tirée de l'idée de *nationalité* appliquée à la personne civile de la société qui paraît être la cause unique de la difficulté. Si l'on met de côté cette idée de *nationalité* qui n'a rien à faire dans la question, on sera conduit à reconnaître tout simplement que la société est française, c'est-à-dire régie par la loi française par cela seul qu'elle est établie et fonctionne réellement en France, abs-

(1) Voy. VINCENT et PÉNAUD, *Dict. de Dr. int.*, v° *Navire*, n° 7.
(2) Trib. Seine, 26 mai 1884, *J. de Dr. int. pr.*, 1885, p. 192.
(3) TEISSIER, *Condition des navires*, etc. (Thèse) Paris, 1886, p. 120.

traction faite de la nationalité de ses membres (1). La circonstance qu'il s'agit d'un être purement fictif favorise singulièrement cette solution.

Pour les sociétés civiles fonctionnant en France et ne constituant pas des personnes morales, aucune des difficultés ci-dessus examinées ne peut se présenter. Les associés seront traités comme des co-propriétaires et le lien qui les unit ne peut exercer aucune influence sur leur qualité d'étrangers ou de Français.

144. Voyons maintenant quelle est, en France, la condition des sociétés étrangères.

Les sociétés en nom collectif et en commandite simple, créées à l'étranger sous l'empire d'une loi étrangère, ont toujours eu la faculté d'opérer en France comme personnes morales.

Mais comme l'art. 37, C. com., soumettait en France les sociétés anonymes à l'autorisation du gouvernement, on en avait conclu qu'une société anonyme étrangère ne pouvait en quelque sorte passer la frontière sans avoir obtenu cette même autorisation.

En conséquence, et pour mettre fin à certaines difficultés qui avaient surgi avec des pays voisins, il fut décidé, par la loi du 30 mai 1857, que les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, soumises en Belgique à la nécessité d'une autorisation, pourraient exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois françaises, et que cette disposition pourrait être appliquée aux sociétés de tout autre pays par un décret rendu en Conseil d'État.

Nous avons déjà donné la nomenclature des pays auxquels a été étendue la loi du 30 mai 1857 qui n'a pas été abrogée par la suppression de l'autorisation gouvernementale résul-

(1) Comp. RENAULT, *Rev. crit.*, 1885, *Exam. doctr.*, p. 603.

tant, pour les sociétés anonymes, de la loi du 24 juillet 1867 art. 21 (Voy. t. I, n° 217).

Les sociétés étrangères dûment autorisées dans les conditions de la loi de 1857 peuvent exercer tous leurs droits et ester en France en se conformant aux lois françaises. Cela doit s'entendre de tous les droits qu'exercent les sociétés anonymes et les individus non sujets à l'autorisation, droits pour l'exercice desquels les sociétés anonymes non autorisées se trouvaient frappées d'incapacité par l'art. 37, C. com. Ces sociétés peuvent donc acquérir, posséder, aliéner, contracter, exercer le droit de propriété industrielle. sur leurs brevets d'invention, sur leurs dessins et marques de fabrique, plaider, faire en un mot ce que la loi française ne défend pas expressément à l'étranger qui n'est pas admis à la jouissance de ses droits civils. Les auteurs ne manquent pas de faire observer que les sociétés envisagées ne peuvent prétendre à la jouissance des droits qui n'appartiennent pas à l'étranger ordinaire. Mais nous avons déjà vu que cela ne signifie à peu près rien quand il s'agit de personnes physiques (Voy. t. I, n° 276), à plus forte raison doit-il en être ainsi quand il s'agit de personnes morales.

Les sociétés étrangères plaidant devant les tribunaux français sont soumises aux règles ordinaires de procédure et de compétence qui s'appliquent aux contestations concernant les étrangers.

145. Au point de vue pénal, la jurisprudence a admis que les sociétés étrangères régulièrement constituées dans leur pays ne sont point assujetties à l'observation des art. 13 et 14 de la loi de 1867 pour l'émission ou la négociation en France de leurs actions (1), et, par suite, ne sauraient encourir les pénalités édictées par ces articles, mais qu'elles sont,

(1) Cass. 16 juin 1885, *J. de Dr. int. pr.*, 86, p. 456; PONT, n° 1880; LYON-CAEN et RENAULT, n° 47, etc.

au contraire, le cas échéant, punissables en vertu de l'art. 15 de la même loi qui n'est que l'application à une matière spéciale des règles générales sur l'escroquerie (1).

Les sociétés étrangères, non autorisées en France, ne peuvent agir à ce titre comme demanderesses devant un tribunal français. Mais, dans le but de sauvegarder les *intérêts français*, on a admis qu'elles pouvaient être actionnées comme défenderesses, en tant que sociétés de fait. Adopter une autre solution, a-t-on dit, ce serait, en réalité, décharger ces sociétés des obligations qu'elles peuvent avoir contractées en France (2). Mais alors les sociétés dont il s'agit s'abstiendront d'entrer en relations d'affaires avec des Français en France, peut-être au grand préjudice de l'*intérêt français* (Voy. t. I, n° 152).

145 *bis*. Quand il s'agit du caractère civil ou commercial d'une société étrangère, il faut consulter la loi d'origine.

Presque toutes les législations étrangères prennent soin, en effet, de déterminer le caractère des sociétés par actions, et, à ce point de vue, se séparent en deux groupes bien distincts (3).

Les unes, comme notre loi du 1er août 1893, s'attachent uniquement à la forme, et attribuent le caractère commercial à toutes les sociétés anonymes, ou en commandite par actions, quel que soit leur objet. Dans cette catégorie figure en première ligne le Code de commerce allemand (art. 174 et 208). Le Code de commerce hongrois contient des dispositions analogues.

Au Brésil, d'après l'art. 1er de la loi du 4 nov. 1882, les sociétés anonymes, que leur but soit civil ou commercial, sont régies par cette loi, même en ce qui concerne la juridiction

(1) Cass. 16 août 1873, *Gaz. Trib.*, 30 août 1873.
(2) Cass. 16 nov. 1864, S. 65, 1, 136; Trib. Seine, 11 mars 1880, *J. de Dr. int. pr.*, 80, p. 185; LYON-CAEN et RENAULT, p. 294.
(3) Voy. A. FAURE, *loc. cit.*, p. 137.

commerciale. Le Code de commerce espagnol déclare commerciales toutes les sociétés constituées conformément au Code de commerce.

Dans d'autres pays, au contraire (Italie, Roumanie, Portugal), le caractère d'une société dépend toujours de son objet, et tout en permettant aux sociétés civiles de se constituer par actions, et en les soumettant alors aux lois spéciales concernant les sociétés par actions, on leur conserve leur caractère civil.

En Belgique, les sociétés civiles ne peuvent, en principe, prendre la forme de l'anonymat ou de la commandite. Il n'est fait exception que pour celles qui se livrent à l'exploitation des mines minières et carrières, en vertu des lois du 18 mai 1873 et du 22 mai 1886.

Le Code fédéral suisse et le droit suédois ne font aucune distinction entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales.

N° 2. — Règles fiscales.

146. — Actes de formation de sociétés; valeur des apports; tarif applicable.
147. — De la clause autorisée par l'art. 1866.
148. — Acte de dissolution. Droit fixe.
149. — Autres cas dans lesquels il est dû un droit fixe.
150. — Timbre.
151. — Droit de transmission.
152. — Impôt sur le revenu.

146. Les actes de formation de sociétés ne contenant ni obligation, ni libération, ni transmission de biens, meubles ou immeubles, entre les associés ou autres personnes étaient soumis par la loi du 28 fév. 1872 (art. 12) à un droit gradué converti par la loi de finances du 28 août 1893 en un droit proportionnel de 20 cent. pour 100, plus les décimes, droit calculé sur le montant cumulé des apports nets mobiliers. immobiliers et d'industrie.

Si la valeur des apports n'est pas déterminée par les statuts, il y est suppléé conformément à l'art. 16 de la loi du 22 frimaire an VIII.

Chaque clause spéciale devra d'ailleurs donner lieu à la perception du droit qu'elle comporte. Ainsi un apport d'immeubles, quand il est stipulé que les versements qui seront faits à la société serviront au paiement des dettes grevant ces immeubles, sera traité comme une vente passible du droit proportionnel ordinaire (1). Mais si les immeuble mis en société appartenaient déjà indivisément aux associés, la clause mettant à la charge de la société les dettes grevant ces immeubles et dont les associés étaient tenus, ne changerait pas le caractère de l'apport, qui demeurerait une simple mise sociale ne donnant pas lieu au droit proportionnel de vente (2).

Lorsque l'acte de société constate des apports immobiliers, on décide que le droit de transcription n'est pas dû lors de l'enregistrement de l'acte; il devient exigible si le contrat est soumis volontairement à la transcription (3).

147. La stipulation qu'en cas de prédécès de l'un des associés la société continuera entre les survivants et que les héritiers du prédécédé auront droit seulement au remboursement de l'apport de leur auteur, augmentée de sa part dans les bénéfices calculée depuis le dernier inventaire, constitue une cession éventuelle à titre onéreux aux associés survivants de la part sociale du prédécédé, cession passible, à l'événement de la condition, du droit proportionnel de 50 cent. p. 100 sur la somme payée aux représentants du prédécédé (4).

S'il s'agissait d'une société formée entre deux personnes. devant, par conséquent, être dissoute par le décès de l'une

(1) Cass. 31 juill. 1876, D. 77, 1, 36.
(2) Cass. 29 mai 1883, D. 84, 1, 242.
(3) Cass. 27 juill. 1863.
(4) Cass. 23 mars 1881, D. 81, 1, 313; Cass. 30 déc. 1884, D. 85, 1, 259.

d'elles, la clause attribuant au survivant la propriété exclusive de l'actif social, à charge du passif, moyennant le paiement, aux héritiers du prédécédé, de la balance du compte de celui-ci, opère, quand le décès prévu se produit, une transmission à titre onéreux, donnant lieu, comme toutes les autres mutations, à la perception du droit proportionnel sur le prix de la transmission, augmenté des charges, et eu égard à la nature des biens transmis (1).

148. Quant à l'acte de dissolution, envisagé en soi, il ne donne lieu qu'à un droit fixe de 7 fr. 50, pourvu qu'il ne contienne ni partage, ni obligation, ni cession, ni transmission.

149. Le simple acte d'adhésion à une société, pourvu qu'il ne constate ni un rapport, ni une augmentation du fonds social, ne donne lieu qu'à un droit fixe de 3 fr.

Sont également assujettis au droit fixe de 3 fr :

L'acte contenant les statuts d'une société anonyme ou en commandite par actions non encore définitivement constituée;

L'acte notarié contenant déclaration de souscription et de versement;

L'acte contenant la souscription d'actions d'une société en formation;

Enfin, l'acte constatant le dépôt par un gérant d'un certain nombre d'actions pour garantie de sa gestion.

150. Les actes contenant la souscription d'actions d'une société sont en outre soumis à un impôt de timbre de dimension, à peine d'une amende de 50 francs au minimum et en principal.

Les actions ou les obligations non entièrement libérées, délivrées aux intéressés lors de la constitution de la société, sont frappées d'un timbre proportionnel. Si les versements complémentaires sont constatés sur ces titres, leur mention doit être accompagnée d'un timbre de quittance de 0 fr. 10 (2).

(1) Cass. 22 juin 1885, D. 86, 1, 267.
(2) Cass. 29 avr. 1884, *J. des not.*, art. 23257.

Tout titre ou certificat d'action d'une société quelconque, civile ou commerciale, est soumis au timbre proportionnel de 0,50 0/0 du capital nominal pour les sociétés dont la durée n'excède pas dix ans, et de 1 0/0 pour les autres.

A défaut du capital nominal, le droit se calcule sur le capital réel dont la valeur est déterminée par la déclaration des parties. L'avance du droit est toujours faite par la société, quelle que soit la teneur des statuts. La perception de ce droit proportionnel est fixée à deux décimes sur les sommes et valeurs de 20 francs en 20 francs inclusivement et sans fraction. Ce droit de timbre, payable comptant, doit être versé au moment où les titres sont présentés à la formalité du timbre et, par conséquent, avant la délivrance matérielle des titres, avant même qu'ils soient signés (1).

Pour les actions comme pour les obligations par elles émises, les sociétés peuvent bénéficier d'un abonnement conclu dans les conditions fixées par les lois du 5 juin 1850, art. 22; 23 août 1871, art. 2; 30 juin 1873, art. 3.

Les sociétés étrangères sont également soumises à des droits de timbre (L. 23 juin 1857), et doivent, quand elles sont autorisées à faire coter leurs titres en France, faire agréer par le ministre des finances un représentant responsable de l'impôt.

151. Indépendamment des droits de timbre établis par la loi du 5 juin 1850, toute cession de titres ou promesse d'actions et d'obligations dans une société quelconque, donne lieu à un droit de transmission (L. 23 juin 1857, art. 6).

Si le fonds social a donné lieu à l'émission de certificats d'actions, la loi soumet la cession de ces titres à un droit proportionnel dont la société fait l'avance. Ce droit a été fixé par la loi du 29 juin 1872 à 0,50 0/0 quand les transmis-

(1) Lois des 5 juin 1850, art. 14; 23 août 1871, art. 2; 30 juin 1873, art. 3. Sur tous ces points, Voy. ROUSSEAU, *loc. cit.*, nos 1506 et suiv.

sions s'effectuent au moyen d'un transfert sur les registres de la société ou par acte notarié, et à 0,20 0/0 annuellement pour les autres transmissions au porteur, par endossement, ou par acte sous-seing privé, sans addition de décimes.

Quand la société n'a pas émis de titres d'actions, les transferts opérés pendant l'existence de la société sont considérés comme de véritables ventes de meubles sujettes au droit fixe de 2 0/0, réduit à 0 fr. 50 0/0 pour les sociétés dont le fonds est divisé en parts d'intérêts assimilables à des actions et non négociables (1).

Il n'est dû aucun droit sur les transferts d'ordre par suite de mutation par décès ou de partage, pourvu que l'acquittement du droit de mutation soit justifié par un certificat de l'enregistrement ou par un extrait de l'acte (Décis. min. du 14 juin 1887).

152. Indépendamment des droits ci-dessus indiqués, toutes les sociétés civiles ou commerciales dont le capital est divisé en actions, doivent acquitter une taxe annuelle sur leur revenu, taxe qui a été fixée à 4 0/0, à partir du 1er janvier 1891, par la loi du 26 décembre 1890, art. 4, sans addition de décimes. Les actions de jouissance doivent cet impôt comme les actions de capital.

Ce n'est pas la société qui doit la taxe *personnellement*, si l'on peut ainsi parler; elle doit seulement en faire l'avance, sauf son recours contre l'actionnaire commanditaire, associé ou créancier qui doit le supporter.

Cette taxe porte : 1° sur les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions de toute nature des sociétés ou entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles, quelle que soit l'époque de leur création; 2° sur les arrérages et intérêts annuels des emprunts et obligations des mêmes sociétés; 3° sur les inté-

(1) Voy. ROUSSEAU, *loc. cit.*, n° 1534.

rêts, produits et bénéfices annuels des parts d'intérêts et commandites dans les sociétés et entreprises dont le capital n'est pas divisé en actions.

Les actions, obligations, titres d'emprunts, quelle que soit leur dénomination, des sociétés, compagnies, entreprises étrangères, et qui ont pour objet des biens soit mobiliers, soit immobiliers situés en France (1), sont soumis à une taxe équivalente à celle établie sur le revenu des valeurs mobilières et sur les lots et primes de remboursement (L. 29 juin 1872, art. 4; Décr. du 6 décembre 1872, art. 3; Décr. du 15 décembre 1875, art. 5).

Ce n'est pas la société qui doit l'impôt, en tant que personne morale, nous l'avons déjà dit, il suit de là que la taxe sur le revenu est due sur le montant intégral des dividendes payés par une société, alors même que cette société posséderait des immeubles situés à l'étranger, le siège social se trouvant d'ailleurs en France; c'est ce qui a été reconnu par la Cour suprême (2). Il suit du même aperçu que, dans le cas où une société au lieu d'effectuer le paiement de l'impôt au moyen d'une retenue sur les dividendes mis en distribution, y emploierait une partie de ses autres bénéfices en déclarant prendre l'impôt à sa charge, cet impôt doit être calculé sur les sommes distribuées augmentées de la taxe de 3 0/0 déboursée en sus par la société dans l'intérêt de ses actionnaires (3).

Quand le revenu est distribué en vertu d'une délibération, on ne doit envisager, pour calculer l'impôt à percevoir, que le revenu effectivement distribué. Si une partie de ce revenu est retenue ou réservée, cette partie est nécessairement

(1) Voy. Cass. 20 août 1881, TESTOUD, *Rev. crit.*, 1882, *Exam. doctr.*, p. 424.

(2) Cass. 21 juin 1880; TESTOUD, *Rev. crit.*, 1881, *Exam. doctr.*, p. 712.

(3) Cass. 6 juill. 1880, TESTOUD, *loc. cit.*, p. 709.

exemptée de l'impôt, au moins provisoirement. Si le fonds de réserve augmentant successivement est plus tard distribué aux actionnaires sous forme d'actions nouvelles, cette distribution rendra l'impôt exigible.

Quelquefois il n'y a pas distribution officielle de dividendes. Il s'agit alors de payer l'impôt frappant sur le revenu présumé du capital social. Or le capital social peut avoir été constitué à l'origine par une certaine somme spécialement affectée à l'exploitation, et par une autre somme devant servir de capital de réserve. Cela importe peu, l'impôt exigible sera calculé sur le chiffre total (1).

L'action en recouvrement de la taxe ne se prescrit que par trente ans.

(1) Cass. 2 avr. 1883, TESTOUD, *Rev. crit.*, 1884, *Exam. doctr.*, p. 145.

TITRE DIXIÈME

DU PRÊT

Division générale.

153. — Distinctions admises en matière de prêt, art. 1874.

153. Au point de vue économique, il y a deux sortes de prêts :

1° Le prêt à intérêt, c'est-à-dire consenti moyennant un loyer de l'argent prêté, et qui, par conséquent, se rattache au contrat de louage. (Voy. t. VII, n° 367, *in fine*.)

2° Le prêt gratuit.

Ce dernier peut être subdivisé en prêt à usage ou commodat et en prêt de consommation.

Le Code n'a pas envisagé les choses dans ce point de vue; il a fait du prêt à intérêt une subdivision du prêt de consommation.

ART. 1874. Il y a deux sortes de prêt : — Celui des choses dont on peut user sans les détruire, — Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. — La première espèce s'appelle *prêt à usage* ou *commodat;* — La deuxième s'appelle *prêt de consommation* ou simplement *prêt* (*).

Le prêt à intérêt est une manière de faire valoir ou fructifier les capitaux. L'importance des prêts de cette nature n'a d'autres limites que celles du crédit dont jouit l'emprunteur. De la part du prêteur, le prêt à intérêt est une spéculation.

Le prêt gratuit n'est au contraire qu'un acte de simple complaisance. Il en résulte que les prêts de ce genre, dans

(*) Art. 1874. — L. 2, D. 12, 1, *De rebus creditis.*

l'état social actuel, ont des limites fort restreintes, soit quant à l'importance de la chose ou valeur prêtée considérée en elle-même, soit quant à la durée du temps pour lequel les prêts sont consentis.

C'est ce qui explique comment le prêt gratuit n'a joué aucun rôle dans l'histoire des peuples.

Le prêt rémunéré par un loyer ou intérêt a, au contraire, joué le rôle qui appartient à tous les faits économiques considérables.

L'organisation des prêts gratuits n'est qu'une manière de faire l'aumône à certaines classes.

Les combinaisons adoptées pour faciliter les emprunts, moyennant intérêt, à ceux qui peuvent offrir les garanties voulues, se rattachent tantôt à l'exercice de la profession de banquier, tantôt à une organisation du crédit privé.

Nous croyons inutile de reproduire, même en leur donnant une autre forme, les remarques diverses, d'ailleurs sans importance, auxquelles ont donné lieu, depuis Pothier, les formules qui sont devenues l'art. 1874.

CHAPITRE PREMIER

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

SECTION Ire.

De la nature du prêt à usage.

154. — Définition, art. 1875, 1876.
155. — Le prêteur reste propriétaire, art. 1877 ; qui peut prêter à usage et quelles choses on peut prêter, art. 1878.
156. — Le commodat est un contrat réel, unilatéral, soumis à la loi de la transmissibilité, art. 1879.

154. Les deux textes suivants donnent une définition exacte du commodat.

ART. 1875. Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi (*).

ART. 1876. Ce prêt est essentiellement gratuit (**).

Cette dernière disposition a fait classer le commodat parmi les contrats de *bienfaisance*. L'expression est un peu forte pour désigner ces légers services que les voisins ou amis se rendent volontiers. Celui qui rend le service aujourd'hui sera l'obligé de demain, et aucun d'eux ne se considère sérieusement comme ayant été le bienfaiteur de l'autre. Ce n'est pas parce que l'on aura prêté son écurie à un voisin pour y placer son cheval qu'on se sera constitué son bienfaiteur.

On aurait pu, cependant, exiger un salaire quelconque. Le fait de livrer à commodat une chose qu'on aurait pu louer se traduit donc, en définitive, par un abandon du revenu qu'aurait pu produire la chose. Agir ainsi, ce n'est pas administrer. Par conséquent, les personnes qui ont seulement la capacité d'administrer leur fortune, sans pouvoir aller au-

(*) Art. 1875. — L 1 § 2, L. 3 § 4, L. 4, D. 13, 6, *Commodati*.
(**) Art. 1876. — L. 5 § 2, D. 13, 6, *Commodati*.

delà, ne peuvent pas prêter à usage (1). Mais elles peuvent emprunter, et seront libérées en restituant la chose dans l'état où elle se trouvera au moment de l'expiration du contrat, non détériorée par leur dol ou leur faute lourde.

Cette solution s'applique d'abord au mineur émancipé, aux individus pourvus d'un conseil judiciaire et aux femmes séparées de biens. Il faut aussi l'étendre aux administrateurs des biens d'autrui, tels que le tuteur et le mari qui ne sauraient livrer en commodat les choses mobilières ou immobilières appartenant à ceux dont ils gèrent les biens. Ils ne faut cependant pas pousser les choses à l'extrême. On ne doit considérer comme prohibés que les actes qui, à raison de leur importance relative, permettent de supposer l'intention de faire un contrat, l'*animus contrahendi*, et non ceux qui ne sortent pas de la limite des actes de pure obligeance ou de politesse.

La stipulation par le prêteur d'une rémunération quelconque changerait la nature du contrat. Mais il n'en serait pas ainsi d'une récompense ou témoignage de reconnaissance donné postérieuremeut au prêt (2).

155. Puisque le prêt a uniquement pour objet l'usage de la chose prêtée,

ART. 1877. Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée (*).

Cela n'avait pas besoin d'être dit. Le prêteur demeure même possesseur juridiqne de la chose, par exemple d'une cave qu'il aurait livrée à l'emprunteur pour y déposer ses marchandises. Celui-ci n'en sera devenu qu'un détenteur précaire, et ne pourra usucaper par quelque laps de temps que ce soit.

(*) Art. 1877. — L. 8 et 9, D. 13, 6, *Commodati*.

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 458; GUILLOUARD, *Traité du prêt*, n° 20; *Contrà*, PONT, *Des petits contrats*, n°s 55-56; AUBRY et RAU, § 391, texte et note 6.

(2) ARNTZ, t. IV, n° 1333.

Ce qui vient d'être dit suppose que le prêteur était propriétaire de la chose. Mais il n'en faut pas conclure que le prêteur doit être nécessairement propriétaire. Ainsi l'usufruitier, le locataire, à moins de clauses contraires, peuvent prêter à usage la chose qu'ils détiennent à ce titre. Ils pourraient donc le prêter au propriétaire lui-même.

Celui qui n'a aucun droit sur la chose pourrait également la prêter à usage. Il n'y a en effet aucune raison pour invalider, entre le débiteur et l'emprunteur, le prêt de la chose d'autrui, les droits du véritable propriétaire demeurant saufs.

Le voleur lui-même pourrait prêter, en fait, la chose par lui dérobée. Mais le commodataire qui viendrait à découvrir que la chose a été volée, devrait la restituer au véritable propriétaire.

D'ailleurs,

ART. 1878. Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention (*).

Cette formule banale n'est même pas rigoureusement exacte. Ainsi les choses consomptibles peuvent faire l'objet d'un commodat, si l'intention des parties a été précisément d'exclure l'usage qui doit les consommer. C'est ce qui a lieu quand ces choses ont été prêtées *ad ostentationem*, auquel cas elles devront être restituées *in specie*. De même celui qui prête des actions d'une société à une autre personne qui les dépose en garantie de sa gestion d'administrateur ou de commissaire de cette société, ne fait pas un prêt de consommation, et reste propriétaire des actions prêtées (1). D'un autre côté, il ne s'agit pas de savoir si une chose est hors de commerce d'une manière absolue, mais seulement si l'usage de cette chose est dans le commerce. Ainsi on pourra prêter à usage une chose inaliénable quant à la pro-

(*) Art. 1878. — L. 3 § 6, D. 13, 6, *Commodati*.
(1) Trib. Bruxelles, 27 déc. 1882, *Pas.*, 83, 3, 184.

priété, une dépendance, par exemple, d'un immeuble dotal.

156. Dans toute hypothèse, pour que le contrat de commodat existe, il faut que la chose envisagée ait été réellement livrée à l'emprunteur. Le commodat est donc un contrat réel qu'il ne faut pas confondre avec la promesse obligatoire de réaliser, à une époque déterminée, un commodat sollicité.

Enfin, le commodat est un contrat unilatéral, qui n'engendre d'obligation, celle de restituer, qu'à la charge de l'emprunteur. Quant au prêteur, il est seulement tenu de laisser la chose entre les mains du commodataire jusqu'à l'expiration du terme convenu.

Ces engagements sont soumis à la règle générale sur la transmissibilité.

ART. 1879. Les engagements qui se forment par le commodat passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. — Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée (*).

Cette disposition a été critiquée; on a prétendu qu'en bonne logique il aurait fallu adopter, quant aux héritiers de l'emprunteur, une solution contraire à celle du texte, la présomption devant être que le prêt à usage cesse à la mort de l'emprunteur, en considération de la personne de qui le commodat a été consenti (1). C'est la vieille équivoque créée par ce qu'on a appelé l'*intuitus personæ*.

La considération de la personne peut quelquefois influer sur la création ou l'extinction d'un droit, mais non, en principe, sur sa transmissibilité (Comp. t. X, n° 206; t. V, n° 34 *bis*). L'exemple de la donation le prouve.

Un propriétaire livre pour six mois, à titre de commodat, une écurie pour loger les chevaux d'un ami. C'est en consi-

(*) Art. 1879. — L. 3 § 3, L. 17 § 2, D. 13, 6, *Commodati*.

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 455; GUILLOUARD, n° 13; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 806.

dération de la personne de son ami, qu'il a consenti à conférer à celui-ci un tel bénéfice gratuit. Mais ce bénéfice n'est pas moins entré tel quel dans le patrimoine du commodataire. Si ce dernier meurt avant l'expiration du terme de six mois, ses héritiers pourront donc user de l'écurie pendant toute la partie qui reste à courir de la période envisagée.

Mais les parties auraient pu donner à ce bénéfice un caractère viager, au moyen de la clause suivante : Le commodataire usera gratuitement de la chose jusqu'à l'expiration d'un terme de six mois, ou jusqu'à son décès s'il vient à mourir avant l'expiration de ce terme.

La volonté d'imprimer un caractère viager à l'usage conféré au commodataire, résultera quelquefois de la nature de la chose prêtée, s'il s'agit, par exemple, d'un manuscrit confié à un savant pour un travail scientifique. Dans le doute la présomption doit être en faveur de la règle générale consacrant la transmissibilité aux héritiers, et c'est ce qu'a voulu faire l'art. 1879 (1).

SECTION II.

Des engagements de l'emprunteur.

157. — Usage de la chose par l'emprunteur, art. 1880; abus de confiance.
158. — Suite; usage abusif; art. 1881.
159. — Mise en demeure, dommages, résolution du contrat.
160. — Cas fortuits : ce que doit faire l'emprunteur, art. 1882.
161. — Cas fortuits, suite; estimation de la chose prêtée, art. 1883.
162. — Détérioration par l'usge, art. 1884.
163. — La chose prêtée n'entre pas en compensation, art. 1885; dépenses faites à son occasion, art. 1886; solidarité; art. 1887.

157. Le commodataire qui ne paie rien pour avoir la chose n'est pas traité plus rigoureusement que le locataire qui paie

(1) Voy. ARNTZ, t. IV, n° 1336.

pour s'en servir. Cela est tout naturel puisque, au point de vue envisagé, la condition de l'un et de l'autre est absolument la même. La différence consiste uniquement en ce que le commodataire est dispensé de payer une redevance quelconque.

Il faut donc décider, comme le fait l'art. 1728, § 1, pour le louage, que

ART. 1880. L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention; le tout à peine de dommages-intérêts s'il y a lieu (*).

L'emprunteur est tenu de la faute légère *in abstracto*.

L'usage auquel il peut se livrer, lui est, dit-on, personnel, *en ce sens qu'il ne peut pas céder son droit à un tiers* (1).

Si l'on veut dire que le commodataire ne peut transporter à un tiers l'utilité juridique du contrat, cela peut se comprendre puisqu'il n'est investi par ce contrat unilatéral, ni d'un droit dans la chose, ni d'une action contre le prêteur. Mais si on prétend, comme le font quelques auteurs, qu'il ne pourrait autoriser un tiers à se servir de la chose, attendu que le contrat est fait en considération de la personne (2) on se trompe complètement.

Ainsi un individu a pour industrie de louer à des tiers des attelages pour le labour. La mort ou la maladie d'un de ses animaux le met dans l'impossibilité de livrer un attelage par lui promis. Pour pouvoir remplir sa promesse, il emprunte à un ami un animal de labour. L'ami déterminé par la considération de la personne de l'emprunteur n'hésite pas à prêter un animal qu'il sait devoir être employé suivant l'industrie de ce dernier... Où est la difficulté, et que viendrait faire ici la considération de la personne?... Mais, pourrait-on dire, si le commodataire avait emprunté l'animal pour lui, il ne pour-

(*) Art. 1880. — L. 5 § 2 et 5, D. 13, 6, *Commodati;* L. 1 § 4, D. 44, 7, *De oblig. et act.*

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 455.

(2) GUILLOUARD, n° 29.

rait pas le prêter à un tiers... sans doute; de même que s'il avait emprunté un cheval pour aller jusqu'à un point déterminé il ne pourrait, sans violer le contrat, imposer à l'animal un trajet plus long.

Mais pourquoi? Parce que d'après l'art. 1880, il ne peut se servir de la chose que suivant l'usage déterminé par sa nature ou par la convention. La considération de la personne a décidé le prêteur à livrer sa chose à usage, mais l'usage lui-même sera déterminé par la nature de la chose ou par la convention.

C'est ainsi que, d'après la Cour de cassation, doit être considérée comme constituant un prêt à usage la remise faite par une personne à une autre de titres numérotés, avec mention des numéros sur le reçu, à charge de les restituer dans leur identité après un certain délai, et néanmmoins avec faculté de les donner en nantissement d'emprunts à contracter (1). Dans cette hypothèse l'emprunteur qui laisse vendre les titres par le créancier à qui il les avait remis en gage, viole la loi du contrat (2), mais il ne commet pas d'abus de confiance. Il commet, au contraire, un abus de confiance s'il aliène lui-même les titres pour en appliquer le produit à ses besoins personnels (3).

En effet, d'après l'art. 408, C. pén., quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été donnés qu'à titre de prêt à usage, etc., sera puni des peines portées en l'art. 406. Nous remarquerons que l'abus de confiance ainsi réprimé ne peut se produire que si la chose prêtée était un objet mobilier. Nous remarquerons aussi que le droit moderne

(1) Cass. 31 janv. 1895, S. 95, 1, 160; Comp. Gand, 28 juin 1877, *Pas.*, 78, 2, 51.

(2) Gand, arrêt précité du 28 juin 1877.

(3) Cass. 31 juin 1895.

n'admet plus le *furtum usus* dans le cas d'un usage de la chose prêtée contraire à la convention.

158. Si la chose prêtée était un immeuble ayant reçu un emploi autre que celui qui aurait été convenu, il y aurait simplement violation du contrat.

A ce point de vue, l'art. suivant est général :

ART. 1881. Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée, même par un cas fortuit (*).

Par conséquent, celui qui emprunte un cheval pour se rendre dans une localité déterminée, ne pourrait s'en servir pour faire un plus long trajet. Les anciens étaient très sévères sur ce point. Valère-Maxime rapporte qu'un individu ayant emprunté un cheval pour aller jusqu'à Aricie fut condamné aux peines du vol pour avoir dépassé cette localité (1). Cette sévérité tenait au peu de sûreté des routes. Dans l'espèce précitée, la route était considérée comme ne présentant plus aucune sécurité après Aricie. Aujourd'hui encore, dans certains pays d'Europe, les routes cessent d'être sûres à quelques kilomètres de la capitale.

Ainsi donc, l'emprunteur qui fait de la chose prêtée un usage contraire à la convention expresse ou tacite intervenue entre les parties s'expose d'abord à payer des dommages-intérêts, *s'il y a lieu*, dit l'art. 1880, c'est-à-dire si l'usage abusif de la chose cause un préjudice au prêteur. Si la chose périt par cas fortuit, il sera encore responsable de sa perte.

On se demande s'il n'y a pas lieu, dans cette dernière hypothèse, d'apporter à cette responsabilité la restriction de l'art. 1302 § 2, et permettre à l'emprunteur de se libérer du cas fortuit en prouvant que la chose eût également péri chez le prêteur si elle lui eût été restituée?

(*) Art. 1881. — L. 5 § 7 et 8, L. 18, Pr. D. 13, 6, *Commodati.*

(1) VALÈRE-MAXIME, VIII, 2, 4, *Quidam furti damnatus est quod equo cujus illi usus usque ad Ariciam commodatus fuerat ulteriore ejus municipii clivo esset.*

On décide généralement que l'emprunteur ne saurait être déclaré responsable s'il n'existe aucun rapport entre la faute qu'il a commise et le cas fortuit qui a fait périr la chose (1).

Nous croyons que cela est vrai; mais pourquoi cela est-il vrai en présence des termes de l'art. 1881 qui semblent n'admettre aucune distinction?

C'est parce que les principes généraux auxquels paraît se référer l'art. 1881, ne comportent une dérogation que pour les cas de vol : « De quelque manière, dit l'art. 1302 § 4, que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix. » Or, il n'y a pas en droit français de *furtum usus* comme en droit romain, et on reconnaît que l'art. 1302 § 4 ne saurait être étendu au cas d'abus de confiance (Voy. t. VIII, n° 184). Pour soutenir que le commodataire ne peut se prévaloir de la restriction contenue dans l'art. 1302 § 2, il faudrait donc admettre que le législateur qui n'a pas voulu étendre aux cas d'abus de confiance la décision contenue dans le § 4 de l'art. 1302 l'aurait cependant étendue à des cas moins graves ne constituant pas un abus de confiance. Il faut remarquer, en effet, que l'emprunteur qui encourt l'application de l'art. 1881 ne commet pas toujours un abus de confiance, et que c'est seulement la loi du 13 mai 1863 qui a placé le prêt à usage au nombre des contrats dont la violation peut, quelquefois, constituer un abus de confiance.

159. La responsabilité encourue dans le cas de l'art. 1881 ne suppose pas une mise en demeure préalable. L'emprunteur, peut-on dire, se met en demeure lui-même en usant de la chose contrairement à la loi du contrat. Mais si l'emprun-

(1) DURANTON, t. XVII, n° 520; DUVERGIER, *Du prêt*, n° 64; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 81 *bis* II et III; LAURENT, t. XXVI, n° 470; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 816; *Contrà*, PONT, *Petits contrats*, n° 73; AUBRY et RAU, § 392, texte et note 2.

teur, sans s'être servi de la chose après le délai convenu, la garde et est en retard de la restituer, il ne sera responsable du cas fortuit que s'il a été mis en demeure.

Il devra prouver le cas fortuit, s'il l'allègue. Il sera responsable de la perte de la chose prêtée, arrivée dans l'incendie de sa propre maison; à moins qu'il ne prouve que la cause de ce sinistre lui est complètement étrangère, c'est-à-dire qu'il établisse qu'il n'y a eu de sa part ni faute ni négligence (1). Mais nous avons démontré que ce point résultera seulement de ce que l'un des trois cas prévus par l'art. 1733 s'est réalisé (Voy. t. X, nos 316-318).

Si l'emprunteur manque à ses engagements sans causer un dommage au prêteur, nous savons que celui-ci ne peut demander des dommages-intérêts, il pourra seulement réclamer la résolution du contrat. Ce point a été contesté par le motif que la condition résolutoire n'existait que pour les contrats synallagmatiques (2). Mais nous avons démontré, en étudiant la partie générale des *Obligations*, que la condition résolutoire devait au contraire recevoir son application, et même d'une manière principale, dans les contrats unilatéraux (Voy. t. VII, nos 267-268).

160. De ce que le commodataire est tenu, d'après l'art. 1880, de veiller à la garde et à la conservation de la chose prêtée, il suit que si cette chose est exposée à périr dans un cas fortuit, ou de force majeure, il doit employer tous ses soins pour la sauver.

La loi n'exige pas que l'emprunteur expose sa personne à un danger quelconque pour sauver la chose; mais celui-ci doit prendre les mesures qui seraient en son pouvoir pour la sauver. Si, faute par lui d'avoir pris ces mesures possibles, la chose vient à périr, il ne sera plus vrai de dire qu'elle a

(1) Voy. Trib. Charleroi, 17 déc. 1875, *Pas.*, 76, 3. 122.
(2) LAURENT, t. XXVI, n° 467; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 32 et les autorités citées.

péri par cas fortuit, elle aura péri par l'effet du défaut des soins qui auraient pu la conserver.

L'emprunteur qui n'est pas obligé d'exposer sa personne, est-il au moins tenu de sacrifier sa chose pour sauver celle du prêteur?

Il faut distinguer :

Si pour sauver ou conserver la chose, l'emprunteur devait faire une dépense extraordinaire dans le sens de l'art. 1890, expliqué plus loin, il n'est pas tenu de faire cette dépense, par conséquent, s'il consent à la faire, il aura le droit d'en réclamer le remboursement.

Au contraire :

ART. 1882. Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre (*).

Comment concilier ces deux solutions, qui paraissent inspirées par des considérations différentes?

Cela est facile : dans toute hypothèse, le commodataire doit, en principe, faire quelque chose pour sauver l'objet exposé à périr; un cheval, par exemple, entraîné par les eaux d'une inondation. Il n'a aucun moyen matériel à sa disposition, mais un tiers qui a des moyens de sauvetage offre de les mettre en œuvre moyennant une certaine somme d'argent. Peut-on obliger l'emprunteur à faire ainsi l'avance d'une somme que peut-être il ne possède pas, ou tout au moins à se grever d'une obligation au profit d'un tiers? Cela eût été excessif, et la loi ne l'a pas fait.

Mais l'emprunteur pourrait sauver la chose du prêteur en sacrifiant la sienne qui est exposée au même danger; c'est l'hypothèse prévue par l'art. 1882, hypothèse qui, du reste, ne s'est jamais présentée. Le cheval de l'emprunteur et celui du prêteur sont exposés au même danger. L'emprunteur ne peut sauver que l'un des deux, dans des conditions où il

(*) Art. 1882. — L. 5 § 4, D. 13, 6, *Commodati.*

aurait d'ailleurs la possibilité de faire son choix, et il préfère sauver le sien. Il est alors tenu de la perte de l'autre.

Cela revient à dire que l'emprunteur ne saurait être tenu de faire une dépense en argent ou en obligation, pour sauver la chose du prêteur, mais qu'il est tenu de faire une dépense en nature, quand une telle dépense est possible, ce qui est toujours le cas dans les hypothèses prévues par l'art. 1882 (Voy. t. VII, n° 94).

Que décider, néanmoins, si la chose de l'emprunteur est plus précieuse que celle du prêteur? Nous avouons ne pas comprendre la difficulté. Si les deux chevaux exposés au même danger ont la même valeur, il est indifférent, pour l'emprunteur en ce qui concerne sa responsabilité, de sauver l'un ou l'autre. Si chacun vaut 500 francs, et qu'il ne puisse en sauver qu'un, l'emprunteur perdra toujours une valeur de 500 francs. Si son cheval vaut 1000 francs, le plus simple bon sens le portera à sauver son cheval, sauf à indemniser le prêteur de la valeur de son animal (1). Mais on ne l'entend pas toujours ainsi, et d'après une certaine opinion l'emprunteur, dans ce cas, n'a aucune obligation et n'encourt aucune responsabilité, c'est-à dire qu'il pourra sauver sa chose et ne devra aucune indemnité au prêteur (2). C'est ce qui est incompréhensible. Comment son obligation de veiller à la conservation d'une chose peut-elle disparaître parce que cette chose vaut moins que la sienne?

161. Quoique l'emprunteur ne soit, en thèse générale, tenu des cas fortuits que s'il emploie la chose à un autre usage ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il pourra cependant être rendu responsable des cas fortuits par

(1) POTHIER, *Prêt à usage*, n° 56; PONT, *Petits contrats*, n° 95; GUILLOUARD, n° 39; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 815.

(2) DURANTON, t. XVII, n° 527; DUVERGIER, n° 68; LAURENT, t. XXVI, n° 474.

une clause implicite ou expresse de la convention. C'est ce que démontre le texte suivant :

ART. 1883. Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire (*).

Cette disposition ne signifie pas évidemment que l'emprunteur devient propriétaire de la chose estimée. Elle a uniquement pour but de fixer, comme à forfait, la somme que devra payer l'emprunteur en cas de perte ou de détérioration de la chose, non seulement lorsque sa responsabilité est engagée d'après les principes du prêt, mais encore, lorsque la chose a été détériorée, ou a péri par l'effet d'un cas fortuit. L'estimation est considérée comme mettant les cas fortuits à sa charge.

Il se pourrait néanmoins que les parties n'eussent estimé la chose que pour fixer l'étendue de la responsabilité au cas seulement où la chose périrait par la faute de l'emprunteur; mais alors une déclaration formelle dans ce sens serait nécessaire.

162. Il ne saurait être question que des détériorations provenant de la faute ou d'un cas fortuit.

ART. 1884. Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration (**).

Il a été jugé que lorsque la détérioration est de telle nature qu'on ne peut l'attribuer au seul effet de l'usage pour lequel la chose a été empruntée, il y a présomption que la détérioration est le résultat d'une faute (1). Cela est mal exprimé. Il n'y a pas alors faute présumée, mais faute réalisée. Le débiteur doit restituer la chose telle qu'il l'a reçue, non détériorée. Mais il n'est pas tenu des détériorations résultant soit d'un usage normal, soit d'un cas fortuit ou d'une force

(*) Art. 1883. — L. 5 § 3, D. 13, 6, *Commodati*.
(**) Art. 1884. — L. 10 pr., L. 23, D. 13, 6, *Commodati*.
(1) Agen, 15 mars 1895, D. 96, 2, 41.

majeure. Or, dans le cas envisagé, il est démontré que la détérioration ne provient pas de l'usage; quant à la force majeure ou au cas fortuit, ils ne sont pas allégués.

163. Si l'objet prêté existe en nature à la fin du contrat, non détérioré, l'emprunteur est obligé de le restituer en nature; il n'a pas le choix de le rendre ou d'en payer l'estimation.

De même,

ART. 1885. L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit (*).

C'est là une répétition absolument inutile de la disposition contenue dans l'art. 1293, § 2 (Voy. t. VIII, n° 160). Il s'agit, en outre, du cas où le prêteur devrait quelque chose à l'emprunteur, en vertu d'une cause autre que celle du prêt (Voy. t. VII, n° 169). Quant à l'hypothèse où le prêteur est devenu débiteur de l'emprunteur précisément à l'occasion du prêt, nous l'examinerons sous l'art. 1890 relatif aux dépenses extraordinaires faites par l'emprunteur. Quant aux dépenses ordinaires, il ne peut y avoir aucun doute :

ART. 1886. Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter (**).

Il est manifeste, par exemple, que celui qui a emprunté un cheval pour faire un voyage doit le nourrir en route et l'entretenir de fers. S'ils sont plusieurs, ils s'arrangeront ensemble pour supporter la dépense comme ils l'entendront.

Vis-à-vis du prêteur, leur situation doit être différente :

ART. 1887. Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur (***).

On donne comme exemple le cas où plusieurs personnes ont emprunté en même temps une voiture. Les emprunteurs, dit-on, sont alors tenus solidairement de la restitution de l'objet (1).

(*) Art. 1885. — L. 4, C. 4, 23, *De commodo.*
(**) Art. 1886. — L. 18 § 2, D. 13, 6, *Commodati.*
(***) Art. 1887. — L. 5 § 15, L. 21 § 1, D. 13, 6, *Commodati.*
(1) POTHIER, *Prêt à usage*, n° 65; LAURENT, t. XXVI, n° 476.

Les auteurs répètent après Pothier que si l'obligation de plusieurs emprunteurs est solidaire, elle se divise entre leurs héritiers qui ne seront tenus, chacun, que pour leur part (1). Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un corps certain dont la restitution est réclamée. Le prêteur peut agir pour le tout contre l'héritier détenteur; l'hypothèse rentre, en effet, dans celle qui est prévue par l'art. 1221, § 2; l'action exercée est l'action en revendication qui ne se divise pas. Le prêteur, s'il le préfère, peut diviser entre les héritiers l'action dérivant du contrat intervenu; ce sera absurde, mais théoriquement juridique (Voy. t. VII, n° 353).

SECTION III.

Des engagements de celui qui prête à usage.

164. — Quand le prêteur peut réclamer sa chose, art. 1888 et 1889.
165. — Remboursements à la charge du prêteur, art. 1890, 1891.

164. Le prêteur ne peut pas se mettre en contradiction avec lui-même. Il était libre de ne pas rendre le service sollicité par l'emprunteur. Mais s'il le rend dans certaines conditions, il doit respecter lui-même ces conditions. Ce n'est pas à proprement parler une obligation négative qu'il contracte et qui aurait pour effet de donner à l'opération une apparence synallagmatique. C'est plus simplement l'application d'un devoir général de loyauté.

Par conséquent,

ART. 1888. Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée (*).

Donc, ainsi que le déclare surabondamment le Code fédéral suisse : « Si le prêt n'a été fait ni pour un temps déter-

(*) Art. 1888. — L. 17 § 3, D. 13, 6, *Commodati*.

(1) PONT, *Petits contrats*, t. I, n° 106; LAURENT, *loc. cit.*; GUILLOUARD, n° 44.

miné, ni dans un certain but, le prêteur est libre de réclamer la chose quand bon lui semble. » Cela se rapproche beaucoup de ce qu'on appelait autrefois *le précaire*. On a dit qu'il était difficile de se faire l'idée d'un prêt fait dans des conditions aussi singulières (1). Mais c'est ce qui a lieu tous les jours, surtout à la campagne, quand on emprunte à usage, sans but précis, un objet destiné surtout à servir de passe-temps, une longue-vue, un fusil de chasse, un piano, un jeu d'échecs, etc.

Si l'objet a été emprunté dans un but déterminé, sans stipulation de terme, le prêteur ne pourra le réclamer qu'après l'expiration du temps nécessaire à l'usage pour lequel le prêt a eu lieu. Quelquefois la convention indique à la fois la durée du prêt et son but précis. Si l'emprunteur a pu se servir de la chose dans le temps convenu, il n'y aura pas de difficulté. Si les circonstances ont empêché l'emprunteur d'user de la chose dans le temps fixé par le contrat, il y aura lieu de rechercher quelle a été la véritable intention des parties. Peut-être, en effet, ont-elles entendu que le prêt durerait jusqu'à ce que l'emprunteur ait pu se servir de la chose.

Le prêteur ne pourra donc pas réclamer sa chose tant que le délai convenu n'est pas expiré, ou, le cas échéant, tant que le besoin de l'emprunteur n'a pas reçu satisfaction.

ART. 1889. Néanmoins, si pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre.

Cette disposition est injustifiable (2). Elle est de nature à inciter le prêteur à revenir sur sa décision, sous prétexte d'un besoin urgent et imprévu. Sans doute, l'intervention du juge, investi d'un véritable pouvoir discrétionnaire, est une garantie contre une réclamation purement capricieuse. Mais

(1) *Sic*, GUILLOUARD, n° 55.
(2) LAURENT, t. XXVI, n° 479; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 48.

dans ces matières, l'intervention du juge a pour résultat de transformer en rapports désormais hostiles des relations qui avaient été fraternelles au début.

165. Le prêteur qui réclame sa chose doit d'ailleurs, dans tous les cas, être prêt à payer lui-même à l'emprunteur tout ce qui peut être dû à celui-ci au sujet de la chose prêtée. C'est un point que nous avons déjà indiqué.

Par conséquent,

ART. 1890. Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser (*).

Pour toutes les créances nées à l'occasion de la chose prêtée, l'emprunteur jouit d'un droit de rétention. Nous avons en effet démontré que ce droit existe dans notre législation d'une manière générale (Voy. t. VII, nos 168 et 169) (1). Aussi faut-il l'attribuer à l'emprunteur d'une manière principale, et non pas seulement comme auxiliaire, ou conséquence du privilège accordé par l'art. 2102 § 3 à celui qui a fait des impenses pour la conservation de la chose (2). Nous aurons d'ailleurs à revenir sur ce point quand nous parlerons des privilèges sur certains meubles.

L'observation que nous venons de faire nous conduit à accorder le droit de rétention à l'emprunteur pour la créance née dans le cas de l'article suivant, quoique cette créance ne soit pas garantie par un privilège (3) :

ART. 1891. Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur (**).

Cette responsabilité ne saurait s'étendre aux vices appa-

(*) Art. 1890. — L. 18 § 2, D. 13, 6, *Commodati*.
(**) Art. 1891. — L. 18 § 3, L. 22, D. 13, 6, *Commodati*.
(1) GUILLOUARD, n° 52.
(2) *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 819.
(3) GUILLOUARD, n° 61.

rents dont l'existence a pu être facilement constatée par l'emprunteur.

Quand il s'agit de vices cachés dont l'emprunteur n'a pas été averti, le prêteur est tenu, en vertu de son dol ou de ce qu'on appelle sa faute lourde, et non en vertu du contrat qui demeure toujours unilatéral.

En vertu des mêmes principes, le prêteur sera responsable s'il a prêté sciemment la chose d'autrui, et que sur l'action en revendication du vrai propriétaire, l'emprunteur obligé de restituer la chose avant le terme fixé et d'une manière inopportune, ait éprouvé un préjudice (1).

Il sera également passible de dommages lorsqu'il n'avait pas le droit de prêter la chose pour le temps convenu, qu'il savait ne pas avoir ce droit et qu'il a laissé ignorer cette circonstance à l'emprunteur (2).

(1) AUBRY et RAU, § 393, texte et note 4; GUILLOUARD, n° 60.
(2) ARNTZ, t. IV, n° 1374.

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

SECTION Ire.

De la nature du prêt de consommation.

166. — Définition; choses pouvant faire l'objet d'un prêt de consommation, art. 1892 à 1894.
167. — Gratuité de ce contrat; ses caractères.
168. — Ses effets. Des promesses de prêter et d'emprunter.
169. — Du prêt de la chose d'autrui.
170. — Règles de capacité.
171. — Etendue des obligations de l'emprunteur, art. 1895 à 1897.

166. Les choses fongibles ou du moins celles qui ont été considérées comme telles par les parties, c'est-à-dire comme pouvant se remplacer par d'autres, parce qu'on aura seulement envisagé le nombre, le poids, la mesure (Voy. t. IV, nº 182), peuvent seules faire l'objet d'un prêt dit de *consommation*.

C'est en tenant compte de cette idée qu'il faut interpréter et rectifier les dispositions suivantes, qui ont donné lieu à des observations devenues banales :

ART. 1892. Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité (*).

ART. 1893. Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive (**).

ART. 1894. On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation, des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux : alors c'est un prêt à usage (***).

Cette dernière déclaration n'est vraie que si les animaux

(*) Art. 1892. — L. 1 § 1 et 2, D. 12, 1, *De reb. cred.*
(**) Art. 1893. — L. 2 § 2, D. 12, 1, *De reb. cred.*
(***) Art. 1894. — L. 2 § 1 et 3, D. 12, 1, *De reb. cred.*

ont été considérés dans leur individualité; car rien n'empêche un boucher de prêter des moutons à un autre boucher qui devra restituer un nombre égal de bêtes de la même qualité. Inutile d'insister sur ce point.

167. La gratuité n'est pas, dans le prêt de consommation, comme dans le prêt à usage, de l'essence du contrat. Le prêt de consommation est seulement gratuit de sa nature. Mais le prêteur, comme nous le verrons bientôt, pourrait stipuler des intérêts pour un prêt soit d'argent, soit de denrées, soit d'autres choses mobilières.

Le *mutuum* étant gratuit de sa nature ne présente aucune importance sociale. Quand il porte sur des sommes d'argent, il a pour objet le plus souvent de petites sommes livrées pour un court délai. Quelquefois, des parents font à leurs enfants des avances d'argent plus importantes pour leur faciliter un établissement.

C'est surtout dans les campagnes que le prêt de consommation est pratiqué sous formes d'avances gratuites de denrées que les propriétaires, dans les mauvaises années, font à leurs métayers qui, n'ayant pas d'indemnité à réclamer (Voy. t. X, n° 359), promettent d'en opérer le remboursement sur le rendement de la prochaine récolte. Mais comme la récolte suffit à peine aux besoins de l'emprunteur, le remboursement intégral est rarement possible. En conséquence, la liquidation finale n'a lieu qu'après plusieurs années, avec une perte certaine pour le propriétaire, et sans que la situation du colon se trouve sérieusement améliorée. C'est, dans l'état actuel des choses, la condition forcée du prolétariat; celui qui n'a pour vivre que son travail se trouvera dans l'impossibilité d'en obtenir l'équivalent, quand les événements auront rendu ce travail improductif ou stérile.

Le prêt de consommation est un contrat réel et unilatéral; il est effectué par la remise de la chose entre les mains de

l'emprunteur lui-même, ou entre les mains de son représentant, notamment entre les mains du notaire rédacteur de l'acte d'emprunt, quand ce notaire était son mandataire pour recevoir la chose (1). L'empruteur devient alors propriétaire, pourvu que la remise des deniers n'ait été affectée d'aucune condition suspensive, quand même la somme prêtée ne recevrait pas ensuite l'emploi que l'emprunteur s'était obligé à lui donner (2).

Il faut d'ailleurs appliquer, en ce cas, les distinctions que nous avons plus haut développées (Voy. t. X, n° 418).

168. L'emprunteur ne devient donc propriétaire qu'à partir de la tradition faite à lui-même ou à son représentant, c'est ce qui résulte de l'art. 1892, aux termes duquel il n'y a prêt que lorsque la chose est *livrée*.

En est-il de même quand le prêt a pour objet des choses déterminées dans leur individualité; ainsi, un marchand a promis de prêter une balle de café d'une certaine provenance la seule qui lui reste, qui est déposée dans son magasin, revêtue de la marque d'origine? On a soutenu que, dans des cas semblables, le principe de l'art. 1138 sur le transfert de la propriété par le seul effet du consentement, devait recevoir son application, et que, par suite, l'emprunteur, avant toute tradition, avait été rendu propriétaire, et devait supporter les risques (3).

On a opposé à cette solution que, mettre les risques à la charge de l'emprunteur, c'est dire, en d'autres termes, que la perte de la chose ne le libérera pas de l'obligation de restituer. Or, ajoute-t-on, l'obligation de restituer ne peut prendre naissance, pour l'emprunteur, que lorsqu'il a reçu : le bon sens le dit, et l'art. 1893 le dit également; donc, c'est seulement à dater de cette époque que les risques pourront

(1) Cass. 15 mars 1886, D. 87, 1, 28.
(2) Amiens 28 janv. 1892, S. 1894, 2, 177.
(3) DUVERGIER, *Du prêt*, n° 146; MOURLON, t. III, n° 961.

être à sa charge (1). On pourrait répondre, il est vrai, que, dans le cas préposé, le prêteur est censé avoir fait tradition (*brevi manu*) à l'emprunteur pour le compte de qui il devra désormais détenir et garder la chose (2). Mais nous croyons qu'il vaut mieux, pour dénouer la difficulté, rechercher quelle a été la véritable intention des parties.

D'abord quand il s'agit d'une promesse obligatoire réciproque de prêter et d'emprunter une chose déterminée dans son individualité, considérée comme fongible et actuellement disponible, si les circonstances démontrent que les parties n'ont voulu attribuer aucune importance particulière aux expressions dont elles se sont servies, il y aura un véritable *mutuum* ordinaire et actuel (arg. art. 1156). Nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer sur un point analogue, en matière de promesse de vente (Voy. t. X, n° 24).

S'il est, au contraire, prouvé que les parties ont voulu parler d'un prêt de consommation à réaliser *in futurum*, il est impossible d'admettre que cette promesse produira un transfert immédiat de la propriété, car le prêteur s'est alors obligé de livrer la chose de manière à en rendre l'emprunteur propriétaire au moment seulement où celui-ci la recevra. Mais comme en attendant les deux parties sont liées l'une envers l'autre, et que chacune a action pour forcer l'autre, le cas échéant, à l'exécution de la convention, il nous est absolument impossible de comprendre l'utilité pratique d'une telle convention. Dans une hypothèse où la réalisation du prêt est immédiatement possible, quel intérêt peuvent avoir les parties à remplacer le *mutuum* actuel par la promesse réciproque d'un prêt futur; quel intérêt surtout peut avoir le prêteur, celui qui rend service, à garder la chose à ses risques jusqu'au jour où il la livrera et à s'inter-

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 486; GUILLOUARD, n° 68; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 822.

(2) En ce sens, Cass. 2 avr. 1845, 1, 200.

dire d'en disposer jusqu'à ce moment? Il convient de remarquer, en effet, que, dans l'hypothèse envisagée par les auteurs, le prêteur demeuré propriétaire pourra sans doute disposer valablement de la chose au profit d'un tiers. Mais, s'il l'a fait, il se sera mis dans l'impossibilité de remplir sa promesse de prêter, et pourra, par conséquent, encourir des dommages.

Pour les mêmes motifs, il nous est difficile de comprendre une promesse unilatérale de prêter un corps certain considéré comme fongible. Quant à la promesse obligatoire d'emprunter un jour un corps certain, on ne voit pas ce qu'elle pourrait signifier.

On ne peut donc sérieusement raisonner que sur les promesses obligatoires de prêter, en cas de besoin, des denrées ou des sommes d'argent, gratuitement, à concurrence d'une valeur déterminée. Pour le prêt à intérêt, il en est autrement, et nous verrons qu'il y a lieu de distinguer entre le prêt conditionnel et l'ouverture du crédit (*infrà*, n° 180).

Le caractère gratuit de l'opération ne serait pas altéré par cette circonstance que le prêteur a exigé un gage ou nantissement.

169. Le prêteur doit être propriétaire des objets prêtés. S'il ne l'était pas, le prêt serait, non pas nul, mais non avenu vis-à-vis du vrai propriétaire qui pourrait toujours revendiquer sa chose contre l'emprunteur, lequel, de son côté, pourra, le cas échéant, se prévaloir de l'art. 2279. Il sera également à l'abri de toute action de la part du véritable propriétaire, s'il a consommé de bonne foi les choses prêtées, mais alors il restera tenu vis-à-vis du prêteur.

Vis-à-vis de l'emprunteur, le prêt s'il a porté sur la chose d'autrui, est nul. L'emprunteur peut donc agir en nullité aussitôt qu'il découvre que la chose prêtée n'appartenait pas à celui avec qui il a traité. Si au lieu d'agir en nullité, il consomme les choses prêtées qu'il sait appartenir à un tiers, il s'oblige envers ce dernier.

Mais le prêteur n'ayant pas fait un paiement ne pourrai invoquer l'art. 1238 pour réclamer la nullité de l'opération (1). Toutes ces difficultés, du reste, n'ont qu'une importance théorique, et ne se sont jamais rencontrées dans la pratique des affaires. Elles peuvent tout au plus servir de thème à des dissertations d'école. Il faut encore observer que, dans ces dissertations, on néglige presque toujours de rechercher comment il se fait que le prêteur lui-même se trouve déjà détenir une chose destinée à être consommée et qui appartient à autrui. On dira, par exemple, *je vous prête un sac de blé qui appartient à Paul* (2). Mais il importe de savoir quelle est la circonstance qui a mis entre les mains d'une personne une denrée appartenant à une autre. Est-ce un cas de perte, de vol, d'abus de confiance, d'achat conclu de bonne foi avec un tiers non-propriétaire, etc.? Nous reviendrons sur tous ces points en étudiant l'art. 2279.

170. Les questions de capacité ne présentent pas une importance pratique plus grande.

Le prêteur doit être capable d'aliéner les choses prêtées, sinon le prêt est annulable. Mais comme la ratification est possible, l'incapable devenu capable pourra soit poursuivre la nullité, soit agir comme si le prêt était valable. A la différence du prêt fait par un non-propriétaire, le prêt fait par un incapable ne serait pas validé si l'emprunteur consommait de bonne foi la chose prêtée. L'emprunteur ne peut, en effet, enlever ainsi à l'incapable le droit d'être restitué contre les effets d'une aliénation annulable (3).

(1) Comp. sur tous ces points : LAURENT, t. XXVI, nos 493 à 495; ARNTZ, t. IV, no 1351; GUILLOUARD, nos 75-77; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, no 826.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*

(3) Voy. DUVERGIER, no 155; PONT, *Petits contrats*, t. I, no 167; LAURENT, t. XXVI, no 498; GUILLOUARD, nos 77, 77, 1; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, no 827; *Contrà*, POTHIER, *Prêt de consommation*, nos 7 et 21; DURANTON, t. XVII, no 567.

Pour emprunter, il faut avoir la capacité de s'obliger. Les incapables, d'ailleurs, ne peuvent emprunter que moyennant l'accomplissement des formalités légales et en cas de nécessité. L'incapable, sur l'action dirigée contre lui, devra soit restituer les choses prêtées, si elles existent encore, soit le profit qu'il en aura retiré si elles ont été consommées.

171. L'emprunteur doit rendre au prêteur une quantité de choses égale à celle qu'il a reçue, de même espèce et qualité (art. 1902).

La loi a cru nécessaire d'appliquer spécialement cette règle au prêt fait en lingots.

ART. 1895. L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. — S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

ART. 1896. La règle portée en l'article précédent n'a pas lieu, si le prêt a été fait en lingots.

ART. 1897. Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela (*).

L'art. 1895 qui aurait été mieux placé dans la section suivante, ainsi que les deux articles qui le suivent, contient une règle applicable à toute espèce d'obligations ayant pour objet une somme d'argent; il a déjà été expliqué à propos de la théorie du paiement (Voy. t. VIII, nos 40, 41 et 38). La loi en vigueur au lieu où le remboursement devra être effectué sera en principe applicable, conformément aux principes généraux (Voy. t. VIII, nos 41 et 459).

SECTION II.

Des obligations du prêteur.

172. — Responsabilité du prêteur, art. 1898; distinctions à faire suivant qu'un terme a été fixé pour la restitution, art. 1899, ou qu'il n'en a pas été fixé, art. 1900 et 1901.

(*) Art. 1897. — L. 2, 3, D. 12, 1, *De reb. cred.*

173. — Clause laissant au débiteur la faculté de fixer l'époque du paiement ; transmissibilité de cette faculté.

172. Les termes de la rubrique ne font pas allusion à des obligations proprement dites, à la charge du prêteur, qui donneraient au contrat un caractère synallagmatique. Il faut appliquer ici les observations que nous avons déjà faites au sujet du prêt à usage. Le *mutuum* simple est toujours unilatéral.

ART. 1898. Dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsabilité établie par l'art. 1891 pour le prêt à usage.

ART. 1899. Le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées, avant le terme convenu.

Il va sans dire que l'emprunteur est déchu du bénéfice du terme, s'il tombe en déconfiture, s'il fait faillite, ou s'il diminue les sûretés qu'il avait données au créancier. Mais l'emprunteur étant devenu propriétaire de la chose prêtée, il ne saurait être question pour le prêteur d'invoquer l'art. 1889 qui, pour le prêt à usage, lui permet de reprendre sa chose avant le terme fixé, s'il lui survient un besoin imprévu de cette chose (qui ne lui appartient plus). Il a été entendu que, quoi qu'il advienne, l'emprunteur, s'il demeure solvable, ne sera pas obligé, avant l'échéance du terme, de faire des diligences pour se procurer des choses de même espèce, qualité et quantité pour les restituer. Le prêteur peut d'ailleurs se procurer ces choses s'il en a besoin alors qu'il en est autrement dans le prêt à usage qui porte sur un objet déterminé (1).

Cela suppose qu'un terme a été fixé.

ART. 1900. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances.

ART. 1901. S'il a été seulement convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances.

(*) Art. 1900. — L. 18 § 1, D. 13, 6, *Commodati*.
(1) ARNTZ, t. IV, n° 1354.

Ces textes, il faut bien le remarquer, se placent en présence d'une obligation résultant d'un prêt, obligation qui a été contractée d'une manière ferme et non conditionnelle, de sorte que la difficulté porte uniquement sur la détermination de l'époque du remboursement à effectuer par le débiteur (Comp. t. VII, n° 246).

Quand les parties ont laissé cette époque sans détermination précise, c'est probablement parce qu'elles espéraient pouvoir, plus tard, se mettre facilement d'accord sur ce point. Si cet accord ne se produit pas, il est tout naturel que la justice intervienne pour fixer l'époque du remboursement; c'est le droit commun chaque fois qu'une dissidence se produit à l'occasion d'un fait juridique.

Si les parties n'ont absolument rien dit, les juges fixeront le délai d'après les circonstances, dit l'art. 1900. Quelles circonstances? Il faudra tenir compte de la condition de l'emprunteur et de la nature de la chose prêtée. Ainsi, à la campagne, un prêt de denrées destinées à la semence ou à l'alimentation pour quelques mois, pourra être facilement considéré comme devant être remboursé, selon l'intention probable des parties, après la récolte prochaine. Un prêt fait à un individu intéressé dans un ordre pourra, suivant les cas, être considéré comme remboursable à l'époque de la délivrance du bordereau. D'une manière générale, le juge pourra se décider d'après le mobile de l'acte de prêt (1), pourvu que le mobile soit connu du prêteur comme de l'emprunteur.

Quand il a été convenu que l'emprunteur paierait *quand il le pourrait*, ou *quand il en aurait les moyens*, ce sont les expressions même de l'art. 1901, les pouvoirs du juge seront-ils les mêmes? On a prétendu que les tribunaux doivent alors se montrer plus larges dans la concession d'un délai,

(1) Trib. Anvers, 16 janv. 1886, *Pas.*, 86, 3, 345.

parce que le prêteur a entendu se montrer moins rigoureux (1). Il nous semble que c'est tout le contraire ; quand il n'a rien été dit sur le terme du paiement, rien ne vient limiter le pouvoir en quelque sorte discrétionnaire du juge. Mais lorsque les parties déclarent que l'emprunteur paiera *quand il le pourra*, ou *quand il en aura les moyens*, c'est absolument comme s'il avait été dit que l'emprunteur *paierait quand sa position le lui permettrait*. Or, on reconnaît que, dans ce dernier cas, les tribunaux ne peuvent plus accorder de délai si le créancier établit que le débiteur est en position de payer (2); donc les pouvoirs du juge reçoivent dans les cas de l'art. 1901, une restriction qui n'était pas faite dans le cas de l'art. 1900.

173. Si la clause du prêt porte que l'emprunteur remboursera quand il le voudra, ou à sa volonté, le prêteur aura action pour obliger l'emprunteur à fixer lui-même l'époque du remboursement : On a soutenu que, *à la rigueur*, un tel prêt serait nul (3). C'est là une erreur; l'obligation en elle-même n'est pas entachée d'une condition purement potestative. C'est seulement l'époque du remboursement qui a été laissée incertaine. Aux termes du contrat le débiteur s'est réservé la faculté de fixer lui-même le moment auquel il remplira ses engagements. S'il ne lui convient pas de faire cette détermination, il appartient au juge de fixer l'époque du paiement (4).

Quand l'époque du paiement a éte ainsi fixée soit par le juge, soit par le débiteur lui-même, il importe peu que celui-ci vienne à décéder avant l'époque qui aura été indiquée.

Si le débiteur qui a promis de payer *à sa volonté* est

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 504; GUILLOUARD, n° 186, et les autorités citées.

(2) GUILLOUARD, n° 107; Bordeaux, 6 janv. 1869, S. 69, 2, 66.

(3) ARNTZ, t. IV, n° 1356.

(4) Bruxelles, 13 nov. 1865, *Pas.*, 66, 2, 218.

décédé avant d'avoir usé lui-même de la faculté qui lui appartenait de fixer le moment auquel il remplirait ses engagements, il est certain que cette faculté est transmissible à ses héritiers, à moins que son caractère personnel ne résulte clairement de la convention. (Voy. t. V, n° 34 *bis;* notre *Traité de la cession*, t. I, n^{os} 65 et 70).

Un arrêt a cependant décidé que cette faculté n'était pas transmissible aux héritiers, que l'espèce envisagée ne rentrait pas dans les prévisions de l'art. 1901, et que le paiement était devenu exigible au décès du débiteur (1). Le point de savoir si la faculté dont il s'agit était ou non transmissible soulevait une simple question de fait. Il est vrai que l'hypothèse en discussion ne rentre pas dans celles dont parle l'art. 1901, mais elle est comprise dans la formule générale employée par l'art. 1900, celle *où il n'a pas été fixé de terme pour la restitution*. Il a si peu été fixé de terme que le débiteur s'est réservé d'en fixer un Donc, il n'est pas vrai de dire que le paiement est toujours exigible à partir de son décès, et ses héritiers pourront demander au juge un délai en vertu de l'art. 1900.

Dans un cas où le contrat portait que, pour l'époque du remboursement, le créancier *s'en rapportait à la loyauté et à la bonne foi du débiteur*, un autre arrêt a jugé que cette stipulation faisant de l'emprunteur le seul juge de l'époque où il devra rembourser, le créancier, avant le décès de son débiteur, ne peut exercer aucune action en justice pour obtenir son remboursement (2). Mais le créancier a toujours le droit d'interpeller son débiteur pour obtenir de lui une indication sur l'époque du remboursement, sauf à celui-ci à fixer pour cela le moment de son décès.

(1) Gand, 23 mai 1883, *Pas.*, 83, 2, 361.
(2) Bordeaux, 31 mai 1848, D. 48, 2, 180; Conf. GUILLOUARD, n° 107.

SECTION III.

Des engagements de l'emprunteur.

174. — Ce que doit rendre l'emprunteur, art. 1902 et 1903; les intérêts sont dus à partir de la demande, art. 1904.
175. — L'art. 1903 ne vise pas une véritable impossibilité.
176. — *Quid* dans les cas de véritable impossibilité?
177. — Des intérêts moratoires accordés par l'art. 1904.
178. — Cas où la chose prêtée était sujette à des variations de valeur.
179. — Où doit se faire la restitution.

174. La loi pose d'abord le principe :

ART. 1902. L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu (*).

C'est le droit commun en matière de paiement de toute obligation.

Mais il peut arriver que le débiteur ne soit pas dans le cas de se libérer de son engagement par une restitution en nature;

ART. 1903. S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur, eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. — Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait (**).

Dans les deux cas, c'est-à-dire :

ART. 1904. Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice (***).

Ce dernier texte est important, car il contient un principe de solution pour certaines questions controversées.

Il en résulte que la loi assimile deux hypothèses, en apparence différentes; celle prévue par l'art. 1902, où le débiteur se libère en nature; celle prévue par l'art. 1903, où il se libère en payant la valeur des choses par lui reçues en prêt.

Dans les deux hypothèses, s'il est en retard, il doit les

(*) Art. 1902. — L. 3, D. 12, 1, *De reb. cred.*
(**) Art. 1903. — L. 22, D. 12, 1, *De reb. cred.*
(***) Art. 1904. — L. C. 4, 34, *Depositi.*

intérêts du jour de la demande, et la loi ne le soumet pas au payement d'autres dommages-intérêts.

175. Certains auteurs ne l'entendent pas ainsi; ils enseignent que si l'emprunteur se borne à offrir la valeur des choses prêtées pour se dispenser d'en trouver de semblables, quand cela ne lui serait pas impossible, le prêteur se fera autoriser à en acheter aux frais de l'emprunteur, et fera, en outre, condamner celui-ci à des dommages-intérêts, à raison de son refus d'exécuter l'obligation que le contrat lui imposait.

Il n'en serait autrement que dans le cas *d'impossibilité*, dont parle l'art. 1903.

Mais de quelle impossibilité s'agit-il, dans ce texte?

Il est, dit-on, évident qu'il ne s'agit pas d'une impossibilité *absolue*, mais seulement d'une impossibilité *relative* (1). Il semble qu'on oublie la valeur conventionnelle de ces expressions usuelles : l'impossibilité relative est une impossibilité au même degré que l'impossibilité absolue; seulement, elle n'existe qu'à l'égard de certaines personnes. Mais, à l'égard de ces personnes, elle présente la même intensité que si elle était absolue. On peut dire qu'elle n'est susceptible ni de plus, ni de moins; on la constate, mais on ne la mesure pas.

Dans un langage relâché, on emploie quelquefois l'expression d'impossibilité, surtout s'il ne s'agit pas d'en donner la définition, comme synonyme de simple difficulté, susceptible de plus ou de moins.

Or, dans quel sens l'art. 1903 emploie-t-il l'expression? L'un des auteurs dont nous repoussons la doctrine l'a parfaitement indiqué : « Il y aura impossibilité, dit-il, si l'emprunteur éprouve, pour rendre les choses en nature, *des difficultés tellement graves* qu'elles n'ont pu entrer dans la pensée des contractants. Par exemple : « une guerre extérieure ou une

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 506; GUILLOUARD, n° 95; *Adde*, PONT, *Petits contrats*, n° 180; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 110 *bis*.

révolution, ou bien encore une mauvaise récolte ont rendu *tellement rares* les choses du genre de celles qui ont été prêtées, que l'on éprouve *les plus grandes difficultés* à s'en procurer (1). »

Voilà la vérité; il s'agit pour l'emprunteur, non d'une impossibilité relative ou absolue, mais simplement d'une difficulté plus ou moins grande à se procurer en nature les choses qu'il devrait rendre. Or, c'est lui qui est juge de cette difficulté, et il serait peu pratique d'admettre un débat contentieux sur le point de savoir si les choses à restituer sont devenues *tellement rares* que l'emprunteur ne pourra en trouver qu'avec de *grandes difficultés*.

Il faut donc reconnaître que la loi parle seulement, en employant d'ailleurs un terme peu exact, d'une simple difficulté de fait. Le débiteur offrira, s'il le peut, une restitution en nature. mais la solution sera la même si, *pour quelque cause que ce soit*, dont il n'a pas à rendre compte, il offre seulement la valeur (2). Dans les deux cas, d'après l'art. 1904, il devra l'intérêt du jour de la demande, ce qui prouve bien que la loi entend soumettre les deux hypothèses aux mêmes règles.

Mais alors, que faudrait-il décider pour le cas où l'emprunteur se trouvera véritablement dans un cas d'impossibiiité juridique de restituer la chose en nature? C'est ce qui arrivera quand le genre tout entier auquel appartenait la chose à restituer, aura péri ou sera mis hors du commerce. L'emprunteur, conformément aux principes généraux, sera libéré, sauf à restituer la valeur dont il s'est enrichi (3). Il importe peu que les événement produisant de tels résultats soient assez rares; ils ne le sont pas plus que les révolutions ou

(1) GUILLOUARD, n° 95.

(2) DURANTON, t. XVII, n° 588; AUBRY et RAU, § 395, texte et note 4; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 831.

(3) ARNTZ, t. IV, n° 1359.

guerres extérieures dont on a parlé pour justifier la doctrine que nous repoussons; ils peuvent, au contraire, se présenter plus souvent.

Ainsi un libraire a prêté à un de ses confrères un certain nombre d'exemplaires d'un écrit, à condition d'en rendre le même nombre à une certaine époque. Or, l'écrit dont il s'agit est supprimé, n'importe pour quelle cause, par une décision de justice. Il peut aussi arriver qu'un certain produit manufacturé soit mis absolument hors du commerce. Dans toutes ces hypothèses l'emprunteur est dans l'impossibilité juridique de restituer en nature des choses semblables à celles qui lui ont été prêtées.

Il n'en sera pas ainsi quand le commerce ou l'exploitation de ces choses a simplement fait l'objet de la concession d'un monopole. Ainsi un marchand avait reçu d'un autre marchand une certaine quantité d'allumettes, à charge d'en restituer la même quantité à une certaine époque. Dans l'intervalle, le monopole sur les allumettes a été établi. L'emprunteur ne pourra pas se prétendre libéré, car tout le monde peut se procurer des allumettes au moyen d'un achat. Il serait au contraire libéré, si la matière monopolisée ne pouvait être achetée que par une catégorie de personnes à laquelle il n'appartiendrait pas, ou moyennant certaines justifications qu'il ne pourrait faire.

177. D'après l'art. 1904, les intérêts moratoires seront dus au créancier à partir du jour de la demande en justice, et par conséquent sans être tenu de justifier d'aucune perte. Nous avons déjà vu, à propos de l'art. 1153, quelle est la raison de cette décision en ce qui concerne les obligations dont l'objet consiste dans le paiement d'une somme d'argent (Voy., t. VII, n° 153). Mais l'art. 1904 étend la même solution au remboursement d'un prêt de denrées, de marchandises, de choses en un mot ne consistant pas en une somme d'argent. Par conséquent la perte éprouvée par le créancier pourra

être plus grande que l'importance de l'intérêt légal de la somme représentant la valeur des choses prêtées. Cette disposition peut être critiquée, mais il n'est pas possible de l'entendre autrement; Aubry et Rau qui avaient d'abord adopté une solution différente ont fini par le reconnaître (1). Tout le monde est aujourd'hui d'accord sur ce point.

Ainsi donc, celui qui a emprunté des titres d'une valeur variable, par exemple des actions d'un chemin de fer, se libérera en restituant, à l'époque fixée pour leur remboursement, des titres semblables, quelle que soit d'ailleurs leur valeur à cette époque.

Supposons qu'il ne satisfasse pas à ses engagements, sans d'ailleurs donner aucune raison; que pourra lui réclamer le créancier? Celui-ci ne pourra réclamer que la restitution en nature des titres prêtés ou leur valeur, au jour qui avait été fixé pour le remboursement, avec l'intérêt légal à partir de la demande, le tout conformément aux art. 1903 et 1904. Si, dans ces conditions, à la veille du jour où le jugement doit être rendu, le débiteur offre la restitution en nature des titres dont il s'agit, il doit être libéré de son obligation quant au principal, mais il devra, à partir de la demande, les intérêts des titres prêtés d'après la valeur de ces titres au jour de l'exigibilité.

178. Le créancier pourrait-il refuser les titres, sous prétexte que leur valeur a baissé depuis cette dernière époque? Evidemment non, puisque c'est précisément la restitution de ces titres qu'il réclame, et il ne peut pas réclamer autre chose.

Le cas s'est présenté devant les tribunaux avec une légère nuance. Le débiteur actionné en restitution avait cru pouvoir se défendre utilement en disant qu'il était dans l'impossibilité de l'opérer. Mais plus tard, au cours des débats, les actions

(1) § 395, texte et note 6; LAURENT, t. XXVI, n° 511; GUILLOUARD, n° 98 et les autorités citées.

ayant considérablement baissé, l'emprunteur reconnut alors que la restitution en nature pouvait avoir lieu et l'offrit au créancier. Celui-ci refusa et soutint qu'il avait droit à leur valeur au jour fixé pour le remboursement, finalement le créancier obtint gain de cause (1). Cette décision a conduit à formuler la prétendue règle suivante : « Si après avoir déclaré qu'il était dans l'impossibilité de restituer au terme convenu, l'emprunteur se ravise au bout de quelques semaines ou de quelques mois, et offre la restitution en nature, le prêteur peut la refuser et réclamer la valeur des choses prêtées (2). » Mais dans l'espèce il n'y avait jamais eu impossibilité; cela est l'évidence même, il y avait lieu, tout simplement d'ordonner la restitution des actions en appliquant l'art. 1904 (3).

L'art. 1904 prévoit seulement l'hypothèse où le terme de la restitution a été fixé; si cela n'a pas été fait et que le juge fixe le délai de la restitution, il pourra, suivant les circonstances, suspendre le cours des intérêts jusqu'à l'expiration du délai accordé (4).

176. La restitution des sommes d'argent se fera au domicile du débiteur, sauf convention contraire; on appliquera l'art. 1247.

Pour les autres choses fongibles, l'art. 1903 en édictant que l'évaluation de la chose prêtée, qui n'est pas rendue en nature, se fera d'après le prix de la chose au lieu où l'emprunt a été fait, implique que c'est à ce lieu que le remboursement doit être effectué, puisque l'indemnité qui représente le paiement tient compte de la valeur qu'avaient les choses en ce lieu. C'est une dérogation à l'art. 1247 justifiée par la faveur que mérite le prêteur

(1) Cass. 3 juin 1850, S. 50, 1, 456.
(2) GUILLOUARD, n° 96.
(3) LAURENT, t. XXVI, n° 508.
(4) ARNTZ, t. IV, n° 1361.

CHAPITRE III.

DU PRÊT A INTÉRÊT.

SECTION Ire.

Des stipulations d'intérêt. Aperçu sommaire sur les prohibitions et restrictions édictées en cette matière.

180. — Liberté de stipuler des intérêts pour simple prêt, art. 1905; nécessité d'une convention spéciale; ouverture de crédit; prêt conditionnel.
181. — Du paiement d'intérêts non stipulés, art. 1906.
182. — Anciennes prohibitions concernant l'intérêt de l'argent.
183. — Taux de l'intérêt, art. 1907; limitation résultant de la loi du 3 sept. 1807.
184. — Toute limitation est injustifiable au point de vue juridique.
185. — Motifs de la loi du 3 sept. 1807.
186. — Atteintes successives portées au principe de cette loi; son abrogation partielle par la loi du 12 janv. 1886.
187. — Pourquoi la loi de 1886 n'a admis la liberté du taux de l'intérêt qu'en matière de commerce.
188. — Suite. L. du 5 nov. 1894 sur les sociétés de crédit agricole.
189. — De la liberté de l'intérêt dans certains pays étrangers; elle est compatible avec une efficace répression en cas d'intérêts trop élevés exigés d'un débiteur dans des conditions déterminées.
190. — Du taux légal actuel. Raisons insuffisantes de la différence maintenue entre les matières civiles et les matières commerciales.
191. — Dans quel cas un prêt est commercial et non civil.
192. — Suite.

180. Le prêt de consommation, quel que soit son objet, peut n'être pas gratuit :

ART. 1905. Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.

Le prêt à intérêt n'est donc qu'une variété du prêt de consommation.

Quand il est fait sans limitation de durée, il demeure

soumis à la règle des art. 1900 et 1901. Les juges doivent d'ailleurs, pour fixer les époques de remboursement, rechercher l'intention probable des parties, et consulter au besoin les usages locaux, s'il en existe (1).

Quand il y a eu limitation de durée, le terme est censé stipulé aussi bien dans l'intérêt du créancier, qui fait en réalité un placement de ses capitaux, que dans l'intérêt de l'emprunteur. Ce dernier, en conséquence, ne pourrait pas anticiper sa libération sans le consentement du créancier (2).

Enfin, la stipulation d'intérêts a pour résultat de rendre applicables les principes généraux de la garantie qui est de droit dans les contrats à titre onéreux. S'il y avait éviction le prêteur pourrait devoir des dommages-intérêts, et si la chose était infectée d'un vice, le prêteur devrait être tenu alors même qu'il ignorerait l'existence de ce vice (3).

Les intérêts ne peuvent être dus que s'ils ont été stipulés. Ils ne peuvent donc résulter que d'une convention apparente par elle-même et non simplement révélée par une interprétation, toujours plus ou moins arbitraire, de l'intention probable des parties. Il y a eu cependant quelques difficultés sur ce point, et on a soutenu que cette convention pouvait être tacite (4). Mais cela paraît contraire au texte comme à l'esprit de la loi. En matière civile, et aussi en matière commerciale, une convention formelle est nécessaire (5). Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi ne prescrit aucune formule sacramentelle, et que la volonté des parties peut être aussi bien exprimée indirectement que directement.

(1) Trib. Anvers, 23 janv. 1886, *Pas.*, 87, 3, 7.

(2) Bruxelles, 18 fév. 1888, D. 89, 2, 221.

(3) AUBRY et RAU, § 395, texte et note 3; PONT, *Petits contrats*, t. I, n° 173; LAURENT, t. XXVI, n° 501; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 101.

(4) LAURENT, t. XXVI, n° 514.

(5) DUVERGIER, n°s 253-255; AUBRY et RAU, § 396, texte et note 1; PONT, *loc. cit.*, t. I, n°s 246, 247, 250; GUILLOUARD, n°s 122, 123.

Ainsi, quand une somme a été prêtée pour être remboursée à une certaine date, *sans intérêt jusqu'alors*, cette formule exprime clairement que la volonté des parties est de rendre la somme due productive d'intérêts à partir de la date indiquée s'il n'y a pas eu remboursement (1). De même, les sommes portées en compte-courant produisent intérêt sans convention spéciale ni demande judiciaire (2). Pourquoi? Parce que un compte courant comprend, dans la définition qui lui est propre, la production d'intérêts, et même leur capitalisation quelle que soit la qualité des personnes (3).

Le prêt à intérêt, n'étant qu'une variété du prêt de consommation, se présente comme étant un contrat réel. Le contrat réel n'existe donc pas encore chaque fois qu'il y a impossibilité actuelle de concevoir la numération immédiate des espèces.

C'est ce qui a lieu en cas d'ouverture de crédit, convention spéciale par laquelle une partie s'oblige à prêter, sans que l'autre partie s'oblige à emprunter.

Il en est encore de même dans le contrat conditionnel de prêt à intérêt, convention dans laquelle, lorsque la condition est accomplie, l'une des parties est obligée à verser les fonds promis, et l'autre est tenue de les recevoir.

Ce contrat n'est guère usité que dans les affaires traitées avec la *Société de crédit foncier*. Il est alors dressé un acte conditionnel du prêt, dont la réalisation est subordonnée aux effets de la purge préalable qui doit être effectuée.

181. Si la convention tacite est impuissante pour engen-

(1) Toulouse, 19 janv. 1844, S. 44, 2, 272; LAURENT, t. XXVI, n° 515; GUILLOUARD, n° 126; *Contrà*, Agen, 19 mars 1833, S. 33, 2, 553; AUBRY et RAU, § 396, texte et note 2.

(2) Cass. 24 mai 1854, S. 55, 1, 737; GUILLOUARD, n° 128 et les autorités citées.

(3) Cass. 11 janv. 1886, S. 88, 1, 461; Cass. 7 fév. 1881, D. 81, 1, 425.

drer une action à l'effet d'obtenir le paiement d'intérêts, elle suffit pour mettre obstacle à leur répétition quand ils ont été payés.

Le paiement volontaire de ces intérêts fait même présumer l'existence d'une telle convention (1).

ART. 1906. L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital (*).

Il faut même aller plus loin, et décider que l'art. 1906 constitue à lui seul un titre pour le créancier à garder les intérêts qu'il a reçus. L'emprunteur ou ses héritiers ne seraient pas admis à prouver que le paiement a été fait par erreur, ni que ce paiement a été fait dans le but de produire les effets d'une donation manuelle devant être rapportée, réduite ou révoquée pour cause de survenance d'enfants (2). Cependant, quand le paiement a été fait, non par l'emprunteur lui-même, le seul que vise spécialement l'art. 1906, mais par ses héritiers, on admet généralement que ces derniers pourront exercer l'action en répétition en établissant qu'ils ont payé les intérêts par erreur, dans la pensée que leur auteur en était tenu (3).

Les difficultés qui se sont produites sur les points qui précèdent proviennent de ce que certains auteurs ont pensé que le Code était peu favorable au prêt à intérêt. C'est le contraire qui est la vérité. Quand la loi déclare, dans l'art. 1905, qu'il est *permis* de stipuler des intérêts, ce n'est pas pour exprimer une simple tolérance, c'est pour réagir contre une législation antérieure qui était, au contraire, défavorable et même hostile à ce genre de prêt.

(*) Art. 1906. — L. 26 pr., D. 12, 6, *De condict. indeb.*

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 522; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 833.

(2) AUBRY et RAU, § 396, texte et note 6; GUILLOUARD, n°s 132 à 134; *Contrà*, PONT, *loc. cit.*, n° 154.

(3) AUBRY et RAU, § 396, texte et note 7, LAURENT, t. XXVI, n° 523; GUILLOUARD, n° 135; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 833.

182. On sait en effet que, de tout temps, le prêt à intérêt, confondu avec l'usure, quelquefois non sans raison, a été condamné par les philosophes. L'opinion, sur ce point, d'Aristote, Caton, Sénèque, Plutarque, etc., est connue. Les faits leur ont souvent donné raison. Il est devenu banal de constater que le prêt à intérêts *a été le fléau de la société romaine*, et il a été sévèrement défendu par la religion catholique et l'ancienne législation civile. Ces prohibitions et défenses étaient assez logiques, à une époque où le sol, les capitaux et les moyens de production avaient été accaparés par une classe ou par une caste. Elles sont une manifestation utilitaire, intelligente du parti conservateur de l'époque. Pour sauver un vieil édifice et empêcher les intéressés de songer à contester les titres mêmes de ceux qui détenaient le sol et les capitaux, les penseurs et les représentants de la loi civile comme de la loi religieuse, avaient condamné le prêt à intérêt et préconisé le prêt gratuit, alléguant la loi de charité et les devoirs d'humanité. Mais nulle part la classe privilégiée n'a suivi la direction qui lui était indiquée. Jamais les détenteurs des capitaux n'ont voulu admettre qu'on pouvait les empêcher de retirer de leur argent un produit périodique. Les plus timorés cherchèrent dans le contrat de constitution de rente le moyen d'échapper aux prohibitions légales; les autres s'entendirent avec les *mercantis* de tous les pays, et imaginèrent avec eux des combinaisons longuement décrites par tous les auteurs, pour arriver à percevoir, sous prétexte d'un *periculi pretium*, l'intérêt qu'ils ne pouvaient obtenir *propter usuram pecuniæ*. Cette évolution favorisa singulièrement le développement de la classe moyenne, à qui devait revenir la direction de la société, mais n'apporta absolument aucune amélioration au sort des classes *en dessous*, sauf sur quelques points, une organisation plus savante de l'*aumône*.

Lors de l'avènement de cette classe moyenne, les anciennes conditions économiques de la société française furent modi-

fiées si profondément, que toute limitation du taux de de l'intérêt parut en principe inutile.

183. La légitimité du prêt à intérêt fut donc proclamée pour la première fois par le décret du 3-12 novembre 1789, qui reconnaissait en même temps la liberté de fixer le taux de cet intérêt, tant que ce taux n'aurait pas été limité par une loi particulière.

Le Code civil a consacré les mêmes principes :

ART. 1907. L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. — Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit.

La loi du 3 septembre 1807 vint apporter la limitation annoncée par la loi. Mais on est d'accord pour reconnaître que cette loi n'est applicable qu'aux prêts de sommes d'argent (1).

De 1804 à 1807, comme sous la législation intermédiaire de 1789 à 1804, aucune loi particulière n'ayant été votée pour limiter le taux de l'intérêt en matière civile et commerciale, on en doit conclure que, dans cette période, les parties ont été libres de fixer, comme elles l'ont voulu, le taux de l'intérêt de l'argent prêté, et même de stipuler l'intérêt des intérêts (2).

184. Il n'en a plus été ainsi à partir de 1807, et il faut alors vérifier si une limitation quelconque du taux de l'intérêt est légitime.

Au point de vue purement juridique, la négative est certaine.

Il est impossible, en effet, de trouver une base à la limitation du taux de l'intérêt, car on ne pourrait que la rattacher à la théorie de la lésion. Or, nous savons ce qu'il faut penser de la rescision des conventions pour cause de lésion (Voy. t. VII, n° 40).

(1) Voy. cep. DUVERGIER, *Du prêt*, n° 279.

(2) Cass. 5 oct. 1813, S. C. N. IV, 1, 466; Cass. 11 avr. 1810, S. C. N. 3, 2, 173; GUILLOUARD, n° 118.

La théorie de la lésion ne peut, d'ailleurs, avoir d'application qu'à l'égard des contrats dont la nature juridique ne résiste pas à l'idée de rescision, c'est-à-dire à un complet rétablissement des parties dans leur état antérieur. Or, il n'y a que deux contrats synallagmatiques qui soient dans ce cas, la vente et le partage. Tous les autres contrats synallagmatiques sont manifestement incompatibles avec toute idée de rescision; tels sont le louage, le mandat salarié, la société, etc. Si, dans une ville, le nombre des appartements à louer est sensiblement inférieur au nombre de ceux qui cherchent à se loger, les locataires seront, forcément, à la merci du propriétaire. Pourront-ils, plus tard, quand ils auront joui des locaux, demander la rescision pour cause de lésion? La question n'a même pas à être posée (1).

C'est néanmoins une solution qui serait insensée appliquée à des contrats synallagmatiques autres que la vente et le partage, qu'on a étendue au prêt à intérêt, c'est-à-dire à un contrat unitatéral!

Peu importe que, dans le développement historique du droit, la limitation de l'intérêt se rencontre avant l'apparition de la rescission en matière de vente ou de partage. Au fond, rien de plus exact que notre assertion, car, en dehors de l'idée de lésion, il serait impossible d'assigner une base juridique quelconque aux prohibitions de la loi en matière d'intérêts.

Or, le raisonnement que nous avons fait à propos du louage, nous pouvons le faire à propos du prêt.

Le particulier assez heureux pour obtenir le prêt d'une somme d'argent qui lui est indispensable, consentira à payer, peut-être fort cher, le service qui lui est rendu. Mais quand il se sera servi du capital prêté, qu'il aura rétabli ses affaires ou sauvé son honneur, est-il juste de l'écouter s'il

(1) Voy. notre *Code civil italien*, p. 296-297.

vient se plaindre, s'il vient réclamer la restitution des intérêts perçus par son créancier, c'est-à-dire la rescision du contrat? Si sa réclamation doit être admise c'est donc que la loi l'autorisait, en quelque sorte, à pratiquer un emprunt forcé! Le capitaliste, dira-t-on peut-être, a certainement abusé de sa position : c'est possible. Mais le débiteur qui, au moment où il venait solliciter le prêteur, en adhérant à toutes ses exigences, avait l'arrière-pensée d'invoquer le bénéfice de la loi pour éviter de tenir ses engagements, n'abusait-il pas aussi de la protection que lui accordait le législateur? En réalité, il s'est servi de la loi pour extorquer au créancier un prêt que ce dernier ne lui aurait pas fait à d'autres conditions.

Cependant, le créancier va être obligé de restituer les intérêts perçus au-delà du taux légal, c'est-à-dire que le contrat va être rescindé, du moins autant qu'il peut l'être. Or, il est impossible, dans ce cas, de rétablir les parties dans le même état qu'avant. Si le prêt n'avait pas eu lieu peut-être que le créancier, en employant son argent dans l'industrie, aurait décuplé son capital. Pour remettre les parties au même état qu'avant, il faudra pouvoir effacer le temps écoulé et revenir en arrière; ce qui revient à dire que, même en admettant, d'une manière générale, la rescision pour cause de lésion, il est impossible de l'appliquer au prêt à intérêt. Du reste, si la société a le droit de limiter le taux de l'intérêt, c'est-à-dire le loyer de l'argent, il faut aussi lui reconnaître le droit de limiter le taux des loyers ordinaires.

Si maintenant aux considérations juridiques qui précèdent, on ajoute les puissantes raisons données par les économistes, on sera convaincu que le Code civil avait bien fait d'admettre la liberté des conventions, en ce qui concerne le taux de l'intérêt.

185. Comment donc la loi de 1807 est-elle venue apporter une restriction sur ce point?

L'*exposé des motifs* présenté par Jaubert au Corps législatif va nous l'apprendre :

« ... Le principe qui domine tout, disait ce rapport, c'est celui de la conservation de l'ordre social!... » Les formules de ce genre ne produisent plus d'effet aujourd'hui, et elles ne trompent même plus ceux qui ont conservé l'habitude de les employer. En 1807, elles n'étaient déjà plus en rapport avec l'objet que le législateur avait en vue :

« Les prêts, continuait l'*exposé des motifs*, que nous citons, ne se font ordinairement que relativement à des propriétés foncières qu'on veut acquérir ou libérer, ou à quelque genre d'industrie pour lequel on cherche des moyens de l'étendre ou de le soutenir. *De là il suit* que le taux de l'intérêt, pour que la société n'en souffre pas, doit être en rapport avec les produits des propriétés foncières et avec ceux qu'une honnête industrie doit procurer. Détruisez cet équilibre, *et tout sera confondu.* »

Mais dans les cas envisagés, où l'emprunteur peut se défendre, l'équilibre dont on parle n'a jamais été sérieusement ébranlé. On tient encore aujourd'hui le même langage, à une époque où il n'est pas possible de trouver pour un placement d'argent un intérêt supérieur à 3 1/2 ou 4 0/0.

186. Il n'est donc pas surprenant que l'abrogation de la loi de 1807 ait été demandée à diverses reprises. Cette loi reçut une première atteinte lors du renouvellement du privilège de la Banque de France, en 1857. En effet, d'après l'art. 8 de la loi du 9 juin 1857 : « La Banque de France pourra, si les circonstances l'exigent, élever au-dessus de 6 0/0 le taux de ses escomptes et l'intérêt de ses avances. » La limite était cependant maintenue pour les banquiers, de sorte que l'unité législative se trouvait rompue au sein même de la métropole. Mais la comparaison avec la législation de l'Algérie produisait des conséquences encore plus graves. La loi du 9 septembre 1807 étant considérée comme non appli-

cable en Algérie, une ordonnance du 7 décembre 1835 décida qu'en Algérie, le taux de l'intérêt serait fixé par les parties comme elles le voudraient, et que, à défaut de convention sur ce point, le taux serait de 10 0/0 en matière civile et commerciale. On vit alors des individus emprunter en France, sur hypothèque, des capitaux à 4 0/0, pour les placer ensuite en Algérie à un taux bien supérieur et bénéficier de la différence. Une loi du 27 août 1881 a abaissé à 6 0/0 le taux de l'intérêt légal, mais en laissant subsister le principe de la liberté des conventions.

Enfin une autre atteinte à l'unité législative est résultée de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime qui admet la liberté de l'intérêt conventionnel dans le prêt hypothécaire sur navires.

Dans ces conditions, il était permis d'espérer qu'une proposition d'abrogation faite en 1871 par M. Limpérani, et reprise en 1876 et en 1879 serait enfin accueillie. Il n'en a rien été; cette proposition a finalement abouti à la loi du 12 janvier 1886 aux termes de laquelle : « Les lois du 3 septembre 1807 et 19 décembre 1850, dans leurs dispositions relatives à l'intérêt conventionnel, sont abrogées *en matière de commerce;* elles restent en vigueur en matière civile. »

187. Comment expliquer cet avortement? D'abord par l'empire des préjugés, et cette tendance naturelle qui pousse quelques esprits à ne vouloir jamais reconnaître qu'ils se sont trompés en soutenant une certaine opinion; ensuite parce qu'on s'est figuré que la différence existant entre ce qu'on pourrait appeler le crédit *urbain* et le crédit *rural,* correspondait à la différence existant entre les matières commerciales et les matières civiles, ce qui est une pure confusion.

En effet, le principal motif a été l'intérêt que doit inspirer la condition du *petit propriétaire* à la campagne. On reconnaît assez facilement que, sur les places de commerce et dans les villes, l'emprunteur n'est pas réduit à la nécessité

de subir les conditions quelconques qu'on lui fera. Il est protégé par le grand nombre des prêteurs qui se font une véritable concurrence. « A la campagne, a-t-on dit, les termes de cette concurrence sont absolument changés. Elle existe, non plus entre les prêteurs, pour amener quelques-uns d'entre eux à abaisser le taux de l'intérêt, mais entre les emprunteurs. Ce petit propriétaire qui convoite le champ dont il veut augmenter son patrimoine, ne s'arrêtera pas devant les sacrifices qu'on lui demandera, et lorsque ce petit propriétaire qui recule devant le prêt hypothécaire parce qu'il est public, voudra emprunter, il empruntera à huis clos : ce sera son voisin, peut-être un ami qui, chez lui, fera un contrat dont le prêteur a le plus grand intérêt à dissimuler le taux coûteux et usuraire, et dont l'emprunteur ne parlera jamais, parce qu'il craint de perdre le peu de crédit qui peut lui rester, et c'est ainsi que, entre deux portes, se consume la ruine du petit propriétaire (1). »

L'hypothèse qui vient d'être envisagée peut certainement se produire, mais elle n'est pas aussi fréquente qu'on a l'air de le supposer. Quand elle se présente, il est vrai que *le petit propriétaire* est presque toujours ruiné. Pourquoi? Ce n'est pas parce qu'il a emprunté à un taux élevé, c'est tout simplement parce qu'il a emprunté. Le résultat serait le même s'il avait trouvé à emprunter sans intérêt. Quand on est petit propriétaire on ne doit acheter qu'en employant les économies qu'on a pu faire.

Voila donc pourquoi on a repoussé la liberté de l'intérêt en matière civile quand on la proclamait en matière commerciale!

Ce n'est pas par de semblables moyens qu'on peut développer le crédit rural.

188. On a été mieux inspiré en promulguant la loi du 5 novembre 1894 *relative à la création de sociétés de crédit*

(1) *J. Off.*, séance du 11 mars 1882, discours de M. Laroze.

agricole. Cette loi, en faisant appel à l'esprit d'association et à la mutualité, organise, au profit du cultivateur, le crédit personnel, c'est-à-dire celui qui repose sur la moralité, l'intelligence, la capacité professionnelle de l'emprunteur. Tous les membres de ces sociétés doivent être membres d'un syndicat agricole. Quand quelques membres d'un ou plusieurs syndicats ont séparément fondé une société de crédit, ils communiquent à tous les membres de l'association syndicale à laquelle ils appartiennent la faculté de se servir de cette société de crédit.

La société de crédit ne peut faciliter et garantir qu'une opération agricole. Ainsi elle devrait refuser de l'argent à un agriculteur pour payer des dettes de famille; elle devrait surtout refuser de garantir un prêt destiné à payer cette acquisition convoitée par le petit propriétaire et dont il a été parlé plus haut.

Il va sans dire que les prêts ainsi facilités et garantis par les sociétés de crédit agricole ne donneront jamais lieu qu'à un intérêt fort peu élevé.

Le projet primitif d'où est sortie la loi du 5 novembre 1894 portait pour titre : *Loi tendant à l'organisation du crédit agricole et populaire.* Mais le Sénat restreignit la portée du projet au seul crédit agricole et modifia en ce sens le titre de la loi. La Chambre des députés se résigna avec peine à ce sacrifice. Elle le fit pour ne pas retarder le vote de la loi, sur l'assurance que le titre III de la loi sur les sociétés coopératives en préparation devant le parlement donnerait aux syndicats industriels et ouvriers et aux hommes de toute profession, des facilités identiques pour organiser le crédit populaire. Peut-être trouvera-t-on alors le moyen de soustraire le prolétaire au régime onéreux des *Monts-de-Piété,* et au système humiliant des *prêts gratuits.*

189. Presque toutes les législations modernes ont reconnu qu'il y avait lieu de laisser aux parties intéressées la faculté

de fixer à leur gré le taux de l'intérêt. Cette liberté existe d'une manière absolue en Angleterre, en Russie, en Hollande, en Belgique, en Italie, au Canada.

La même liberté existait en Autriche depuis une loi du 14 juin 1868. Mais une loi du 28 mai 1881, pour l'Autriche, et une autre loi du 2 mai 1883, pour la Hongrie, ont édicté des peines contre ceux qui abusent, en matière civile, du taux de l'intérêt, pour exploiter des emprunteurs hors d'état de se protéger eux-mêmes. Une mesure semblable a été prise en Allemagne. Une loi d'empire du 24 mai 1880 a ajouté au Code pénal du 31 mai 1870 diverses dispositions punissant comme usuriers ceux qui abusent du besoin, de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience des emprunteurs pour exiger un intérêt excessif. Le projet de Code civil allemand consacre de nouveau la liberté complète du taux de l'intérêt, mais ne touche pas à la loi du 24 mai 1880 sur l'usure.

Ces dispositions s'expliquent par cette circonstance qu'en Allemagne et en Autriche le délit d'usure n'est pas constitué par le fait de s'être fait promettre un intérêt excessif, puisque le taux de l'intérêt demeure libre, mais par le fait d'avoir abusé de la situation du débiteur pour obtenir un intérêt trop élevé (1).

On pourrait peut-être tirer parti de cet aperçu pour protéger, en France, le prolétariat, tant à la campagne que dans les villes, tout en proclamant la liberté de l'intérêt en matière civile.

190. Que la liberté de l'intérêt existe ou n'existe pas, il faut toujours qu'il y ait un taux légal, pour le cas où il est dû en vertu de jugement, comme aussi pour les cas où la loi le fait courir de plein droit (art. 455, 456, 474, 1440, 1473, 1846, 1996, 2001, 2028).

(1) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 164.

D'après la loi du 3 septembre 1807 le taux légal est fixé à 5 0/0 en matière civile et à 6 0/0 en matière de commerce, *sans retenue,* c'est-à-dire sans être autorisé à retenir sur les arrérages l'impôt établi par les lois sur le revenu.

En France, le cours normal du marché des capitaux n'atteint plus ce chiffre depuis déjà assez longtemps. En Belgique, où la situation est à peu près la même, une loi du 20 décembre 1890 a abaissé le taux légal à 4 1/2 0/0 en matière civile, et à 5 1/2 0/0 en matière commerciale. En France, il n'en a pas été ainsi; la loi du 12 janvier 1886 n'a pas modifié le taux légal en matière civile, tout en rétablissant la liberté de l'intérêt en matière commerciaie.

On doit donc se demander tout d'abord à quoi tient, dans la métropole, entre les matières civiles et les matières commerciales cette différence qui n'existe pas en Algérie.

On a prétendu l'expliquer par cette considération que les fonds livrés au commerce rapportent à l'emprunteur négociant plus qu'ils ne rapportent à l'emprunteur civil. Cela peut être vrai comme cela peut être faux. Comment comparer deux situations qui n'ont rien de commun? L'emprunteur, civil, on le suppose, a besoin de fonds pour payer sans retard une dette dont le non-paiement l'exposerait à perdre sa position. L'emprunteur commerçant a besoin d'argent pour donner une plus grande extension à ses affaires. Dans les deux cas, il s'agit à la fois de payer le loyer de l'argent et le service rendu. Nous ne voyons pas de raison pour le faire payer plus cher au commerçant.

On insiste alors sur ce que celui qui emprunte de l'argent pour le commerce fait courir au prêteur un plus grand risque que l'emprunteur civil. Il faut supposer que, dans les deux cas, aucune sûreté particulière n'a été stipulée; c'est le crédit personnel de l'emprunteur qui a seul été pris en considération. Mais la vie civile est exposée à autant de mauvaises chances que la vie commerciale, sans jouir des

mêmes compensations; les mauvaises récoltes, les non-locations, les difficultés pour trouver un emploi, les révocations, etc., peuvent mettre le débiteur civil dans l'impossibilité de payer son créancier.

Mais, dit-on, si c'est un commerçant lui-même qui prête à un non-commerçant l'argent qu'il pourrait employer d'une manière plus productive dans son commerce, n'est-il pas juste qu'il en retire un intérêt plus élevé? Les négociants sont certainement de cet avis, car un de leurs interprètes, Scaccia, n'hésitait pas à affirmer que : *Pecunia mercatoris plus valet quam pecunia non mercatoris*. Il faudrait cependant ne pas donner des raisons contradictoires à l'appui d'une même solution. Le marchand qui prête de l'argent à un non-commerçant prouve d'abord qu'il n'a pas besoin de cet argent pour alimenter son commerce, et comme on soutient d'autre part que l'argent emprunté par un non-commerçant court un moindre risque, il n'y a pas de raison pour en faire payer plus cher le loyer.

Par conséquent on ne voit pas pourquoi la loi a cru devoir faire une distinction entre les prêts ayant un caractère commercial et les autres.

191. Quoi qu'il en soit la distinction existe et il s'agit de savoir dans quels cas un prêt sera commercial et dans quels cas il ne le sera pas.

Il résulte de ce qui précède que le prêt sera commercial toutes les fois que l'argent prêté doit être employé à une opération commerciale, quelle que soit d'ailleurs la qualité des parties (1), pourvu qu'il s'agisse d'une opération sérieuse et licite (2). On a cependant jugé quelquefois que le prêt fait par un commerçant devait toujours être traité comme

(1) PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 277; GUILLOUARD, n° 151; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 836; Comp. Cass. 9 nov. 1888, D. 89, 1, 272; Lyon, 3 juin 1890, S. 90, 2, 41; Bourges, 27 janv. 1857, S. 58, 2, 695.

(2) Toulouse, 24 fév. 1894, D. 94, 2, 337.

commercial (1), et d'autre part que la nature du prêt devait être déterminée par la qualité de l'emprunteur (2). Ces solutions sont contraires aux termes de la loi de 1807 qui visent la *matière civile ou de commerce*, c'est-à-dire la distinction des prêts, et non la qualité des parties. Tout ce qu'on peut dire c'est que si l'emprunt est fait par un commerçant, on peut présumer, jusqu'à preuve du contraire, qu'il est fait pour les besoins de son commerce (3).

Une jurisprudence constante admet une exception pour les prêts faits par les banquiers même à des non-commerçants et pour des opérations civiles! La raison de cette exception est fondée sur ce que le banquier s'adresse à tout le monde, sans distinction, et que les fonds par lui prêtés doivent à cause de ses frais généraux, etc., produire à son profit les mêmes intérêts quelle que soit la personnalité, commerciale ou non commerciale, de l'emprunteur (4). La raison est bonne comme argument en faveur de la liberté de l'intérêt; elle est sans valeur dans le système qui restreint cette liberté en matière civile. Où est le texte qui dispense les banquiers de se conformer à la loi?

192. La jurisprudence va encore plus loin. Avant la loi du 12 janvier 1886, elle admettait qu'en matière commerciale le banquier avait le droit de percevoir une commission en outre de l'intérêt à 6 0/0, sans avoir à faire, d'ailleurs, aucune justification spéciale. Cependant la Cour de cassation, dans une espèce où les opérations s'étaient continuées en vertu de conventions antérieures à la loi précitée, a décidé que la perception par un banquier d'un droit de commission en sus de l'intérêt légal des sommes avancées à un commerçant, n'est

(1) Cass. 27 fév. 1864, S. 64, 1, 341.
(2) Lyon, 20 nov. 1857, S. 58, 2, 699; Conf. AUBRY et RAU, § 396, texte et note 25.
(3) Voy. arrêt précité de Cass. du 27 fév. 1864.
(4) Cass. 26 janv. 1888, D. 88, 1, 69; GUILLOUARD, n° 152.

régulière que s'il a été souverainement constaté que ce droit n'a été que la rétribution légitime de services rendus par le banquier, et que cette rétribution n'a eu rien d'exagéré (1).

En matière civile la solution doit être différente. Le taux de 5 0/0 fixé par la loi de 1807 constitue un *maximum* qui ne peut être dépassé au profit d'une ou de plusieurs personnes réunies (2). Mais cette solution ne saurait faire obstacle à la rémunération des peines et soins qu'un intermédiaire aurait pu se donner pour faciliter un prêt sollicité.

Pour légitimer cette solution il n'y pas lieu d'invoquer la règle que le mandat peut être salarié, car dans le cas envisagé l'intermédiaire qu'il s'agit de rémunérer n'a pas été chargé d'un mandat mais d'une négociation tout autre (3). Dans le cas de prêt sur nantissement le juge peut réduire les sommes qui, stipulées en apparence à titre de frais accessoires de nantissement, ne constituent en réalité que des perceptions usuraires (4).

Il faut aussi décider, par application des mêmes principes, que toutes les perceptions de sommes faites par un créancier en sus de l'intérêt légal qui lui est dû, peuvent être déclarées usuraires et par conséquent répétées, quand même le débiteur aurait déclaré vouloir faire une donation à son créancier. Cela veut-il dire qu'il est défendu à un créancier de recevoir une donation en argent, un don manuel, de la part d'un débiteur qui ne peut pas payer sa dette? Non, mais on ne croira pas à cette invraisemblable donation tant que sa réalité n'aura pas fait l'objet d'une démonstration irréfutable (5).

(1) Cass. 19 fév. 1895, D. 95, 1, 224.

(2) Cass. 21 avr. 1886, D. 87, 1, 85; AUBRY et RAU, § 396, texte et note 44; GUILLOUARD, n° 157.

(3) Comp. GUILLOUARD, n° 158.

(4) Cass. 21 avr. 1886, D. 87, 1, 85.

(5) DUVERGIER, n° 381; AUBRY et RAU, § 396, texte et note 49; GUILLOUARD, n° 166.

SECTION II.

Du taux actuel des intérêts en matière civile.

193. — Champ d'application de la loi de 1807.
194. — *Quid*, en matière de vente à crédit?
195. — Opérations ayant pour but de dissimuler un prêt usuraire.
196. — A partir de quand les intérêts conventionnels peuvent être dus.
197. — Modifications apportées à la loi de 1807 par la loi du 19 décembre 1850 et celle du 12 janv. 1886.
198. — Nécessité d'un écrit pour la fixation de l'intérêt conventionnel.
199. — Preuve du paiement des intérêts, art. 1908.
200. — Droit pour le créancier de demander le remboursement du capital en cas de non-paiement des intérêts.

193. Le champ d'application de la loi de 1807 est limité par son objet, mis en relief par le titre qui lui a été donné : Loi sur le taux de l'intérêt *de l'argent*.

Il suit de là que cette loi ne s'applique pas :

1° Au prêt de denrées et autres choses mobilières, notamment des actions ou des obligations industrielles. Ainsi on peut prêter 100 hectolitres de froment, à la condition que l'emprunteur en rendra 125 dans un an, ce qui représente un intérêt de 25 0/0, ou à la condition de payer en sus des 100 hectolitres une somme de 500 francs (1). Ce genre d'opération se pratique quelquefois dans les campagnes, pour les avances en nature faites aux cultivateurs nécessiteux. Ceux qui s'y livrent sont considérés comme de véritables usuriers par l'opinion publique. Si sous le régime de la liberté de l'intérêt, on faisait une loi punissant ceux qui abusent des besoins d'autrui pour prêter leur argent à un taux excessif, il faudrait aux prêts d'argent ajouter les prêts de denrées.

(1) Cass. 8 mars 1865, S. 65, 1, 171; Aix, 26 juill. 1871, S. 72, 1, 241; AUBRY et RAU, § 396, texte et note 33; GUILLOUARD, n° 155; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 836 *bis*; *Contrà*, DUVERGIER, n° 279.

2° Au prêt, quel qu'il soit, de denrées et même d'argent, quand le prêt est mêlé de chances aléatoires pouvant compromettre le remboursement total ou partiel du capital (1). La Cour de cassation a appliqué cette solution au cas d'obligations émises par une société et remboursables par voie de tirage au sort, au-dessus du taux d'émission (2).

3° Aux stipulations d'intérêts faites dans un contrat autre que le prêt, du moins d'après l'opinion commune (3). On cite généralement comme application de cette exception le contrat de constitution de dot et le contrat de vente. Pour la constitution de dot, il est certain que le constituant peut s'obliger à payer les intérêts de la dot, dont il ne remet pas le capital, à un taux supérieur à 5 0/0. La raison est facile à comprendre : il fait d'abord donation d'un capital, il pourrait s'en tenir là et stipuler que le capital ne sera payable qu'à une époque ultérieure, celle de son décès, par exemple, sans intérêt jusqu'alors. Ajoutant à sa donation il s'oblige à payer annuellement une somme égale à un intérêt de 7 ou 8 0/0 du capital donné; il ne s'agit pas de payer le loyer d'un argent que l'on tient d'un autre. Il n'y a donc aucun motif pour limiter en pareille hypothèse le taux des intérêts promis.

On peut faire une observation analogue pour la transaction : les parties transigent sur un litige douteux; l'une s'oblige à payer à l'autre une certaine somme avec un intérêt annuel, supérieur au taux légal, jusqu'au terme indiqué. Il ne s'agit pas non plus de payer le loyer d'une somme d'argent provenant d'autrui.

194. Mais dans la vente c'est autre chose.

(1) Cass. 6 déc. 1886, S. 87, 1, 419; Comp. Cass. 2 juin et 9 novembre 1888, S. 89. 1, 393.

(2) Cass. 2 fév. 1887, S. 88, 1, 57.

(3) AUBRY et RAU, § 396, texte et note 34; GUILLOUARD, n° 156; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 836 *bis*.

Le vendeur, au lieu d'exiger le paiement immédiat du prix, laisse les fonds entre les mains de l'acheteur. On soutient qu'il pourra stipuler un intérêt supérieur au taux légal (1). Cela est fort douteux, car il s'agit ici pour l'acheteur de payer un loyer d'une somme d'argent provenant en réalité de celui qui a consenti à accorder un terme pour le paiement (2). L'indivisibilité de l'opération n'empêche pas de découvrir par l'analyse les éléments divers qui la composent. Il y a d'abord une vente moyennant un prix déterminé et ensuite un prêt de ce même prix effectué *brevi manu*. Cette opération peut même avoir le prêt final pour objet principal. On peut, en effet, la concevoir dans deux hypothèses en apparence differentes. Celui qui a besoin d'argent s'adresse à un ami qui n'en a pas mais qui, pour lui rendre service, consent à lui vendre un objet quelconque, un tableau, une pièce de terre, moyennant un prix déterminé que l'acheteur gardera jusqu'au terme convenu, en payant un intérêt supérieur au taux légal. Il était entendu entre les parties que l'acheteur revendrait immédiatement pour son compte le même objet afin de se procurer les fonds dont il a besoin. Dans la pratique actuelle, il est probable que, pour éviter les frais de mutation, etc., celui qui a besoin d'argent agira ostensiblement comme procureur fondé de son ami et gardera comme emprunteur les fonds dont il se trouvera comptable en qualité de mandataire.

Il pourra encore arriver que l'ami qui rend service, au lieu de vendre réellement, donne seulement mandat à l'emprunteur de vendre certains objets dont celui-ci gardera le prix à titre de *mutuum*.

Ulpien avait précisément prévu cette dernière espèce : *Rogasti me ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non habe-*

(1) Voy. en ce sens, Dijon, 12 déc. 1894, S. 95, 2, 19.

(2) Voy. COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 97 *bis* I; LAURENT, t. XXIV, n° 332.

rem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris; si vendideris puto mutuam pecuniam factam (1).

L'expression *puto*, nous le reconnaissons, montre que Ulpien ne considérait pas comme à l'abri de toute difficulté la solution qu'il proposait; mais, enfin, il la tenait pour bonne. Nous pouvons donc l'invoquer à l'appui de l'opinion qui, dans les espèces envisagées, voit un prêt ayant pour objet la somme représentant le prix de vente. Il importe peu que l'acheteur agisse quelquefois comme mandataire, car on sait que, dans la pratique moderne, les acheteurs intermédiaires ont souvent intérêt à agir ainsi.

La solution doit-elle être la même quand l'acheteur n'achète pas pour revendre, mais au contraire pour garder la chose en restant débiteur du prix? Les auteurs n'envisagent la question que dans ce point de vue. Mais à ce point de vue, la difficulté qu'elle soulève paraît chimérique.

En effet, il faut d'abord prévoir le cas dont il a déjà été parlé (*Suprà*, n° 187) du petit propriétaire qui convoite le champ dont il veut augmenter son patrimoine. On l'a représenté comme subissant les exigences d'un tiers à qui il s'adresse pour se procurer les fonds destinés à payer l'acquisition. Mais où est la différence si tout se passe entre lui et son vendeur, si ce dernier ne consent à vendre à crédit que moyennant un intérêt supérieur au taux légal? N'est-il pas légitime quand l'opération est conclue ainsi avec un seul de raisonner comme lorsqu'elle est conclue avec deux personnes? C'est ce que disait Ulpien dans une hypothèse où l'emprunteur était déjà débiteur par l'effet d'un mandat : *Quod in duabus personis recipitur, hoc et in eâdem personâ recipiendum est* (2).

(1) L. 11, pr., D. 12, 1, *De rebus creditis.*
(2) L. 15, D. 12, 1, *De rebus creditis.*

On objecte que les parties étant libres de fixer comme bon leur semble le prix de la vente, l'élévation des intérêts au-dessus de 5 0/0 ne constitue qu'un mode de détermination du prix qui sera d'autant moins élevé que les intérêts le seront davantage (1). C'est là une subtilité purement théorique. Les intérêts ne sont jamais qu'un accessoire du capital dont ils représentent le loyer. On comprendrait à la rigueur que le vendeur consente à diminuer les intérêts sauf à augmenter le capital, mais on ne comprendrait pas qu'il voulût se donner les apparences d'un usurier en diminuant le capital pour élever les intérêts. Du reste, l'objection prouve que, en fait, la difficulté est absolument chimérique; en effet, pour les ventes d'une certaine importance, le prix, s'il n'est pas payé, ne pourra jamais, dans les conditions actuelles, motiver un intérêt allant jusqu'à 5 0/0; et dans les petites acquisitions dont nous avons parlé pour lesquelles celui qui veut acheter ne recule devant aucun sacrifice, le vendeur fera porter l'augmentation sur le capital et non sur les intérêts.

Mais enfin, pour si improbable que soit la chose, si une vente est faite moyennant un prix non payé, produisant un intérêt supérieur au taux légal, il faut décider, en matière civile, que l'intérêt stipulé est usuraire, sans qu'il y ait à rechercher si l'acheteur a acheté pour revendre afin de se procurer de l'argent, ou s'il a acheté pour garder la chose.

195 La vente avec clause de réméré peut quelquefois masquer un prêt usuraire, qu'il faut distinguer du contrat simplement pignoratif (Voy. t. X, n° 175). Nous en dirons autant de la société, du cautionnement, de l'antichrèse, etc. Les juges auront à apprécier l'acte suspect d'après les circonstances (2). Ces contrats ne seront annulés, le cas échéant,

(1) GUILLOUARD, n° 156.

(2) Comp. AUBRY et RAU, § 396, texte et note 55; GUILLOUARD, nos 161 à 163.

que pour ce qui a été fait en violation de la loi de 1807, ils produiront pour le surplus leurs effets ordinaires.

196. Les intérêts conventionnels représentant le loyer de l'argent, ne commencent à être régulièrement dus que lorsque l'emprunteur a eu l'usage du capital durant une certaine période. En conséquence, on considère comme usuraire le prélèvement des intérêts à échoir (*intérêts en dedans*) lors du versement du capital. Dans le louage des maisons et fonds de terre, le montant de la location est exigible d'avance si les parties l'ont ainsi convenu, car dans ce cas le prix du loyer n'est pas limité par un *maximum* légal.

Le calcul d'intérêts fait sur une année de 360 jours et non sur l'année réelle de 365 ou de 366 jours, est également considéré comme entaché d'usure, puisqu'il a pour résultat de faire payer par l'emprunteur quelque chose en sus de 5 0/0 (1). En ce qui touche les intérêts des intérêts, nous renvoyons à ce que nous avons dit à propos de l'anatocisme (Voy. t. VII, n° 165).

197. C'est dans les limites qui viennent d'être tracées que, d'après les dispositions actuellement en vigueur, peut évoluer légitimement la convention relative aux intérêts.

Les art. 3 et 5 de la loi du 3 septembre 1807 ont été modifiés ainsi qu'il suit par la loi du 19 décembre 1850 :

« Art. 1^er^. — Lorsque, dans une instance civile ou commerciale, il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux supérieur à celui fixé par la loi, les perceptions excessives seront imputées de plein droit aux époques où elles auront eu lieu sur les intérêts légaux alors échus, et subsidiairement sur le capital de la créance. — Si la créance est éteinte en capital et intérêts, le prêteur sera condamné à la restitution des sommes indûment perçues, avec intérêts, du

(1) Cass. 4 janv. 1876, D. 76, 1, 337; Dijon, 5 juill. 1880, S. 82, 2, 203.

jour où elles lui auront été payées. — Tout jugement civil ou commercial constatant un fait de cette nature sera transmis par le greffier au ministère public, dans le délai d'un mois, sous peine d'une amende qui ne pourra être moindre de 16 francs, ni excéder 100 francs.

Art. 2. — Le délit d'habitude d'usure sera puni d'une amende qui pourra s'élever à la moitié des capitaux prêtés à usure, et d'un emprisonnement de six jours à six mois.

Art. 3. — En cas de nouveau délit d'usure, le coupable sera condamné au maximum des peines prononcées par l'article précédent, et elles pourront être élevées jusqu'au double, sans préjudice des cas généraux de récidive prévus par les art. 57 et 58 du Code pénal. — Après une première condamnation pour habitude d'usure, le nouveau délit résultera d'un fait postérieur, même unique, s'il est accompli dans les cinq ans, à partir du jugement ou de l'arrêt de condamnation.

Art. 4. — S'il y a eu escroquerie de la part du prêteur, il sera passible des peines prononcées par l'art. 405 du Code pénal, sauf l'amende qui demeurera réglée par l'art. 2 de la présente loi.

Art. 5. — Dans tous les cas, et suivant la gravité des circonstances, les tribunaux pourront ordonner, aux frais du délinquant, l'affiche du jugement et son insertion par extrait dans un ou plusieurs journaux du département.

Art. 6. — Ils pourront également appliquer dans tous les cas l'art. 463 du Code pénal.

Art. 7. — L'amende prévue par le dernier paragraphe de l'art. 1^er^ sera prononcée à la requête du ministère public par le tribunal civil. »

On comprendra difficilement que ce qui est aujourd'hui, depuis la loi du 12 janvier 1886, absolument licite en matière commerciale, demeure aussi minutieusement prévu et aussi rigoureusement réprimé en matière civile.

La loi précitée du 19 décembre 1850, d'après laquelle les

perceptions usuraires sont imputées de plein droit, aux époques où elles ont eu lieu, sur les intérêts échus, et subsidiairement sur le capital, ne paraît pas avoir dérogé aux règles du droit commun en matière de compensation et de faillite; en conséquence, lorsque le débiteur est tombé en faillite, la compensation étant devenue impossible (Voy. t. VIII, n° 156), il n'est plus permis au créancier d'imputer sur les intérêts échus et sur le capital les sommes usuraires perçues par lui. Le créancier est alors tenu de restituer sans compensation les sommes ainsi perçues (1).

Quant à la loi du 12 janvier 1886 qui a fait disparaître le délit d'usure en matière commerciale, elle a eu pour résultat nécessaire de soustraire à l'application de toute peine ceux qui, avant sa promulgation, avaient commis le délit d'usure (Voy. t. I, n° 55); mais elle ne saurait être appliquée à une convention passée sous l'empire de la loi antérieure qui limitait l'intérêt à 6 0/0 (2). Les actions ou exceptions pouvant résulter de conventions ou de perceptions qui étaient usuraires d'après la loi ancienne, sont en effet entrées dans le patrimoine du débiteur et sont, par conséquent, à l'abri de la loi nouvelle (Voy. t. I, n° 76).

198. Pour faciliter l'application de la loi et permettre la constatation de l'usure, l'art. 1907 déclare que le taux de l'intérêt conventionnel *doit être fixé par écrit*. C'est une naïveté. Comment croire que les usuriers vont s'arrêter devant cette injonction puérile? Il leur est si facile d'éluder la loi : celui qui veut prêter 1000 francs pour un an avec un intérêt de 100 francs, soit 10 0/0, ne versera que 950 à l'emprunteur auquel il fera souscrire une reconnaissance de 1000 francs avec intérêt à 5 0/0 (3).

(1) Lyon, 2 déc. 1881, D. 82, 2, 161 et la note; *Contrà*, Besançon, 21 avr. 1886, D. 86. 2, 268.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 838 *bis*.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, n° 837.

Si le taux de l'intérêt n'a pas été fixé par écrit, le paiement qui en sera affecté volontairement et ostensiblement sera valable, pourvu qu'il ne dépasse pas le taux légal. Si ce paiement était dissimulé et déguisé, par exemple, sous la forme d'une vente, il serait suspect et devrait être annulé (1).

La disposition finale de l'art. 1907 n'a pas pour but de donner le caractère de contrat solennel à la convention relative au taux de l'intérêt. Elle signifie seulement que la loi n'admet d'autre preuve à cet égard que celle qui résulte d'un acte authentique ou sous-seing privé par dérogation à l'art. 1341. La preuve testimoniale ne sera pas admise alors même qu'il s'agirait d'une somme inférieure à 150 francs, ou qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit (2), ou que les parties se seraient trouvées dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Mais le taux de l'intérêt pourrait être établi par un interrogatoire sur faits et articles produisant l'aveu de la partie, ou par le serment décisoire (3).

199. Quant au paiement des intérêts stipulés, la preuve en sera faite d'après les règles ordinaires du droit commun.

Cependant,

ART. 1908. La quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement, et en opère la libération.

Les termes de la loi doivent être remarqués : d'abord la quittance dont il s'agit *fait présumer le paiement* des intérêts non réservés, ce qui est conforme à l'intention probable des parties, car il est peu présumable que le créancier à qui sont dus à la fois des intérêts et un capital veuille renoncer au bénéfice de l'imputation établie par l'art. 1254, et imputer ce

(1) Cass. 30 juill. 1895, D. 96, 1, 86.

(2) *Contrà*, Cass. 22 juin 1853 (motifs), D. 53, 1, 211; Comp. LAURENT, t. XXVI, n° 529.

(3) DUVERGIER, n° 255; PONT, t. I, n° 274; LAURENT, t. XXVI, n° 528; GUILLOUARD, n° 125; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 837; *Contrà*, DURANTON, t. XVII, n° 598.

qu'il reçoit sur le capital alors que les intérêts ne seraient pas payés. Donc, s'il donne quittance du capital c'est qu'il reconnaît que les intérêts lui ont été payés.

Mais pourrait-il être admis à prouver que, malgré la présomption de paiement écrite dans la loi, il n'a pas reçu les intérêts? Non, car la loi ajoute immédiatement, par disposition distincte, que cette présomption *opère la libération* du débiteur quant aux intérêts, c'est-à-dire crée au profit du débiteur une *exception péremptoire* venant paralyser l'action du créancier. L'art. 1908 édicte donc une présomption *juris et de jure* (Voy. t. VIII, n° 343) (1). La question est néanmoins controversée quoique ne paraissant pas controversable (2). L'aveu et le serment ont toutefois, d'après le texte de l'art. 1352, le pouvoir de détruire la force probante d'une présomption légale, même *juris et de jure*, comme nous l'avons plus haut reconnu (Voy. t. VIII, n° 343). Il en sera ainsi notamment en ce qui touche la présomption de l'art. 1908 (3).

Cette présomption, conformément d'ailleurs à un principe général, ne peut recevoir d'application qu'à l'hypothèse prévue; elle ne saurait être étendue au cas d'un paiement partiel, en ce sens qu'elle ne pourrait s'appliquer qu'aux intérêts de la portion payée du capital, et non aux intérêts, même échus de la portion impayée (4); il en sera ainsi notamment en cas de versement fait par le souscripteur d'actions de société anonyme de sommes qui ne libèrent pas complètement les titres souscrits (5).

(1) AUBRY et RAU, § 396, texte et note 8; LAURENT, t. XXVI, n° 518; ARNTZ, t. IV, n° 1373; Trib. Huy, 31 janv. 1861, *Cl. B.*, 60-61, 1109.

(2) Voy. DURANTON, t. XIII, n° 431; DUVERGIER, n° 260; Comp. Cass. 3 janv. 1842, S. 42, 1, 329.

(3) Cass. 13 janv. 1875, S. 75, 1, 244.

(4) Cass. 8 mai 1855, D. 55, 1, 244; LAURENT, t. XXVI, n° 519; GUILLOUARD, n° 139.

(5) Trib. comm. Courtrai, 13 avr. 1872, *B. J.*, 72, 959.

200. Le créancier, même en cas de silence de la convention, pourra, en vertu des principes qui régissent la condition résolutoire tacite, demander le remboursement du capital si l'emprunteur ne paie pas les intérêts, ou ne remplit pas les autres obligations que lui impose le contrat (1). Le contraire a été soutenu par le motif que la condition résolutoire tacite n'existerait que dans les contrats synallagmatiques (2). Nous avons démontré le contraire sous l'art. 1184 et indiqué la véritable signification de ce texte (Voy. t. VII, nos 266 et suiv.).

Pour les cas de condition résolutoire formellement exprimée, nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit sur ce point (Voy. t. VII, n° 281).

L'application des principes ci-dessus aux porteurs d'obligations remboursables par la voie du tirage au sort, a soulevé quelques difficultés dans le cas où la compagnie débitrice était mise en liquidation, en conformité d'ailleurs de ses statuts.

Ainsi une compagnie de chemin de fer s'est mise en liquidation, alors qu'elle y était autorisée par ses statuts, après avoir obtenu le rachat de sa concession par l'État. La condition des porteurs d'obligations se trouve de la sorte modifiée par le fait de la compagnie, puisque la liquidation va rendre impossible le fonctionnement de la société et les tirages au sort annuels. Les porteurs d'obligations pourront-ils demander qu'il soit néanmoins procédé de cette façon, et qu'à cet effet la compagnie soit tenue de faire emploi, en valeurs déterminées, d'une somme suffisante pour assurer le service des coupons et le remboursement des obligations? Non; les créanciers ne sauraient être autorisés à poursuivre l'exécution du contrat dans des conditions différentes de celles qui lui ont

(1) AUBRY et RAU, § 396, texte et note 9; GUILLOUARD, n° 140.

(2) LAURENT, t. XXVI, n° 521; Trib. Bruxelles, 9 mars 1889, *Cl. et B.*, 89, 422.

servi de base. Ils peuvent seulement demander la résolution du contrat avèc dommages-intérêts (1).

SECTION III.

De la constitution de rente.

201. — De la clause interdisant de réclamer le capital, art. 1909; l'opération constitue un prêt et non une vente.
202. — Différence entre la vente et la constitution de rente.
203. — Règle concernant les arrérages.
204. — Durée de la rente, art. 1910; constituée en perpétuel elle est toujours rachetable, sauf convention contraire ne pouvant produire effet que durant dix ans. Anomalie de cette disposition.
205. — Règles concernant le remboursement du capital.
206. — Cas où le remboursement du capital peut être exigé, art. 1912, 1913.
207. — Du non-paiement des arrérages pendant deux années.
208. — *Quid* en cas de constitution de rente à titre gratuit?
209. — *Quid* des rentes foncières?
210. — Divisibilité de l'obligation du débi-rentier.
211. — Cas où le débiteur ne fournit pas les sûretés promises ou diminue ces sûretés.
212. — Renvoi pour les rentes viagères, art. 1914.

201. Les points principaux de la théorie des rentes ont déjà été expliqués sous les art. 529 et 530 (Voy. t. IV, nos 44 et suiv.). Nous n'avons donc pas à y revenir.

Quand le prêt à intérêt était prohibé, on pouvait se demander s'il était permis de stipuler un intérêt moyennant un capital que le bailleur de fonds s'interdirait de réclamer. On avait adopté l'affirmative, en considérant le capital versé comme étant le prix d'achat de la rente mise à la charge de celui qui en devenait débiteur.

Aujourd'hui il ne peut plus y avoir de difficulté :

ART. 1909. On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger. — Dans ce cas, le prêt prend le nom de *constitution de rente.*

(1) Cass. 6 janv. 1885, 2 fév. et 10 mai 1887, S. 88, 1, 57.

Cette disposition n'a pas pour but de permettre une clause que la liberté des conventions suffisait à rendre licite, mais de déclarer que la convention ainsi conclue ne cessait pas de constituer un contrat de prêt et ne devait plus être considérée comme une vente.

Cet aperçu est certainement plus exact que celui de l'ancien droit. Néanmoins les rédacteurs du Code n'y sont pas toujours demeurés fidèles. Ainsi la combinaison des art. 1154 et 1155 établit entre le prêt à intérêt et la constitution de rente une différence absolument injustifiée et qui ne peut s'expliquer que par cette raison que le législateur aurait considéré les arrérages de rente non comme des *intérêts échus de capitaux* mais comme étant des *fruits civils* représentant la jouissance d'une chose et assimilable par conséquent aux *fermages* et *loyers*.

En effet, aux termes de l'art. 1154 l'anatocisme est défendu, et les intérêts des capitaux ne peuvent produire d'intérêts que par une demande judiciaire ou une convention spéciale, et pourvu qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. Au contraire, s'il s'agit d'arrérages de rentes, l'art. 1155 porte qu'ils produisent intérêts du jour de la demande ou de la convention, comme s'il s'agissait de *loyers ou fermages*. Cela prouve que les rédacteurs du Code avaient principalement en vue l'ancienne rente foncière impliquant la rétention d'un droit réel sur l'immeuble *baillé à rente*. On a voulu rendre compte d'une autre manière de la différence qui vient d'être signalée, mais les considérations produites dans ce but (1) n'ont aucune valeur.

202. La véritable différence juridique entre le prêt ordinaire et le contrat de constitution de rente doit donc être cherchée ailleurs. Il faut pour les distinguer examiner si le prêteur s'est interdit la faculté d'exiger le remboursement

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 661; Conf. GUILLOUARD, n° 178.

du capital. C'est là une difficulté à résoudre par le juge d'après les termes de la convention et les circonstances du fait. Dans le doute, on devra décider que les parties n'ont pas eu l'intention de faire une constitution de rente, parce que ce contrat n'est plus dans nos mœurs. Quand il y a réellement constitution de rente, celui qui a avancé les fonds devient créancier des arrérages seulement. Puisqu'il ne peut réclamer le capital, il n'en est pas créancier. Il ne deviendra créancier du capital que si le contrat vient à être résilié. On peut donc le considérer comme créancier sous la condition suspensive d'une résolution future possible, et le débiteur de la rente deviendra alors débiteur du capital.

La constitution de rente est donc une variété du prêt à intérêt, du moins quand elle est faite à titre onéreux. Il est certain, en effet, que la rente peut être constituée à titre gratuit soit par donation, soit par testament.

Puisque la constitution de rente est une variété du prêt à intérêt, il n'y a pas plus de difficulté en théorie à concevoir la constitution d'une rente au moyen de l'aliénation d'un capital consistant en une certaine quantité de denrées qu'il n'y en a à concevoir un prêt ordinaire de denrées. Il n'est donc pas exact d'affirmer, comme le font quelques auteurs (1), que les deux prestations formant l'objet de la constitution de rente consistent en une somme d'argent alors que dans la vente la prestation fournie par l'acheteur est la seule qui ait pour objet une somme d'argent.

Sans doute, en fait, la constitution de rente a toujours lieu moyennant l'abandon d'un capital en argent. Mais il pourrait en être autrement. Dans tous les cas, les arrérages peuvent consister en denrées aussi bien qu'en argent, ils pourraient même consister dans la charge d'acquitter un certain nombre de messes obituaires (2).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 839.
(2) Voy. Trib. Bruxelles, 7 janv. 1847, *B. J.*, 47, 221.

Si, par hypothèse, une rente avait été constituée par l'abandon d'un capital en denrées, la convention échapperait à la limitation de la loi de 1807. Mais il n'en serait pas de même de la rente constituée au moyen d'un capital en argent, devant avoir pour objet des redevances en denrées. Il importe peu, en effet, que les intérêts ou la rente soient payés en denrées ou en argent (1).

203. Dans tous les cas, les arrérages sont quérables (art. 1247); leur montant doit être fixé par écrit, conformément à la règle générale de l'art. 1907. La preuve de la convention se fait d'ailleurs d'après les règles du droit commun (art. 1341 et 1347). Mais on ne saurait admettre une présomption résultant de la prescription. La partie qui prouve qu'elle a reçu pendant trente ans des arrérages à titre de rente ne saurait être considérée comme ayant acquis le droit à la rente. La rente est, en effet, un meuble incorporel, non susceptible de possession, et ne pouvant par conséquent être acquise par usucapion (2). Il pouvait en être autrement dans l'ancien droit, avant la promulgation du Code civil (3).

204. Au point de vue de sa durée,

ART. 1910. Cette rente peut être constituée de deux manières, en perpétuel ou en viager.

ART. 1911. La rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable. — Les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé.

Si la constitution de rente était une vente, il ne saurait être question d'accorder au débi-rentier une faculté unilatérale de rachat. Le contrat ne pourrait être résolu que par

(1) Cass. 26 août 1846, D. 46, 1, 357; AUBRY et RAU, § 398, texte et note 4; LAURENT, t. XXVII, n° 7; GUILLOUARD, n° 181.

(2) Cass. belge, 16 mai 1885, *Pas.*, 85, 1, 165; LAURENT, t. XXVII, n° 9; GUILLOUARD, n° 184 et les autorités indiquées en note.

(3) Bruxelles, 6 fév. 1819, *Pas.*, 19, 298; POTHIER, *Const. de rente*, n° 158; MERLIN, *Répert.*, v° *Prescription*, sect. III, § 1, art. 1.

une convention de réméré. C'est en effet la solution qui prévalut jusque dans la seconde moitié du XVI[e] siècle. Mais en 1570 une bulle du pape Pie V décida qu'à l'avenir les rentes pourraient toujours être rachetées, et cette décision passa en France lors de la réformation des coutumes (1). La constitution de rente présenta dès lors un caractère hybride, et ne fut plus exclusivement réglée par les principes de la vente. Il fut au contraire reconnu que la faculté de rachat était de l'essence de la rente (2).

Les rédacteurs du Code civil ayant rattaché la constitution de rente au contrat de prêt, ne devaient pas hésiter à déclarer que les rentes *constituées en perpétuel* seraient rachetables, ou plutôt *remboursables* (quant au capital versé). Mais ayant vu que, d'après les anciens auteurs, la faculté de rachat était de l'*essence* de la rente, ils crurent nécessaire de déclarer que la rente constituée en perpétuel serait *essentiellement* rachetable. Or comme il ne saurait être permis de déroger à ce qui est de l'essence d'une convention, les parties ne pourront donc pas convenir que le rachat ne sera pas fait dans un délai quelconque!... C'est ce qui était admis autrefois. Cela a paru excessif, et on a finalement décidé, pour tout concilier, que les parties pourront seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans... Mais on n'a pas pris garde que dans le prêt à intérêt les parties demeurent libres de fixer, comme elles l'entendent, l'époque du remboursement. Ainsi on pourrait faire un prêt à intérêt pour vingt ans, pour trente ans, et pendant ce temps l'emprunteur ne pourrait contraindre le créancier à recevoir son remboursement, alors que dans le cas de constitution de rente, le créancier après dix ans pourrait être contraint de recevoir le remboursement de son

(1) LAURIÈRE sur LOISEL, *Inst. cout.*, liv. IV, tit. I, *Des rentes.*
(2) GUY-COQUILLE, *Cout. de Nivernais, Titre des rentes et hyp.*, art. 9.

capital, nonobstant toute clause établissant un plus long délai!

Que fallait-il donc faire? Suivant les ans il aurait fallu laisser aux parties, en cas de constitution de rente, la même liberté que dans le prêt à intérêt ordinaire (1). Suivant d'autres, il eût été *plus logique* d'assigner à la durée du prêt à intérêt un *maximum* égal à celui pendant lequel la rente peut être stipulée non remboursable (2)!...

Mais il eût encore été plus simple de déclarer que, dans tous les cas, le débiteur aurait le droit de se libérer en prévenant le créancier un certain temps à l'avance.

205. Le remboursement des rentes constituées à titre onéreux sera effectué suivant le taux fixé par la convention, lequel ne devra pas dépasser 5 0/0. En cas de silence du contrat, le remboursement, s'il s'agit d'une rente en argent, se fera au taux de 5 0/0, c'est-à-dire au denier vingt, et s'il sagit d'une rente en denrées, au denier vingt-cinq, plus le dixième (L. 18-29 décembre 1790, titre 3, art. 2). Ces dispositions de la loi de 1790 sont encore en vigueur et s'appliquent aux rentes créées depuis la promulgation du Code comme aux rentes anciennes (3).

Nous savons déjà que, d'après les principes généraux sur le prêt à intérêt (*Suprà*, n° 197; Voy. t. I, n° 76), une loi nouvelle venant modifier le taux des rentes, n'exercera aucune influence sur le service des rentes antérieurement créées.

Quand il s'agit de rentes constituées à titre gratuit, le remboursement doit avoir lieu suivant les stipulations contenues dans le titre. A défaut d'indications précises, il faudra rechercher quelle a été l'intention probable des parties ou du constituant, suivant qu'il s'agira d'une rente dérivant d'une donation ou d'un testament. Il faudra vérifier si le donateur

1) LAURENT, t. XXVII, n° 11 *bis*; GUILLOUARD, n° 190.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 841.
3) PONT, t. I, n° 343; LAURENT, t. XXVII, n° 12; GUILLOUARD, n° 191.

ou le testateur a voulu créer une rente dont le chiffre annuel ne puisse pas être diminué. Par conséquent s'il en est ainsi, et qu'il s'agisse par exemple d'une rente de 20.000 francs, il ne suffirait pas à celui qui veut se libérer du service de la rente d'offrir une somme en argent de 400.000 francs. Il a été jugé qu'en pareille hypothèse le remboursement ne pouvait se faire qu'au moyen d'un titre de rente de 20.000 francs sur l'Etat français (1).

L'exercice de la faculté de remboursement est manifestement divisible, comme d'ailleurs celui de la faculté de rachat en cas de vente à réméré. Chaque héritier pourra donc rembourser divisément la part dont il est tenu dans le capital de la rente constituée. La loi n'a pas admis, en effet, dans notre matière, une interprétation de volonté analogue à celle qui résulte, pour le réméré, de l'art. 1670 (Comp., t. X, nº 186) (2).

206. La renonciation faite par le crédi-rentier à la faculté de réclamer la restitution du capital par lui avancé, devra naturellement cesser de produire effet, si le débiteur ne remplit pas ses engagements dans une mesure qui restera à déterminer, ou s'il trompe les espérances du créancier.

Par conséquent :

ART. 1912. Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat, — 1º S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années; — 2º S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.

ART. 1913. Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur.

Ces dispositions apparaissent nettement comme étant des applications particulières de la condition résolutoire tacite

(1) Paris, 19 fév. 1884, D. 85, 2, 41.

(2) AUBRY et RAU, § 398, texte et note 8; PONT, t. I, nº 345; LAURENT, t. XXVII, nº 13; GUILLOUARD, nº 194; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, nº 843.

dont le principe est formulé par l'art. 1184 (1). Mais comme ce dernier article ne parle que des contrats synallagmatiques, certains auteurs ont été conduits à affirmer que la condition résolutoire tacite n'existait pas dans les contrats unilatéraux. Nous croyons avoir suffisamment démontré l'inexactitude de cette opinion (Voy. t. VII, n° 267). Les auteurs qui l'ont adoptée devaient donc, pour demeurer fidèles à leur système, décider que les art. 1912 et 1913 ne pouvaient contenir aucune application de l'art. 1183. Ils ont ainsi été conduits à y voir une déchéance du terme analogue à celle que prononce l'art. 1188 (2).

Mais quel est donc le terme dont la déchéance est ainsi envisagée? Il n'y en a pas! Les auteurs dont nous repoussons la doctrine croient se tirer d'affaire en parlant du *terme illimité accordé à l'acheteur pour rembourser le capital de la rente* (3); c'est *le bénéfice de ce terme illimité* que perdrait le débiteur (4). Mais nous ne savons pas ce que c'est qu'un *terme illimité;* les deux expressions paraissent même contradictoires. Le terme est une limite dans le temps; un terme illimité ou sans limite serait donc un terme sans terme! On peut seulement concevoir un terme incertain (*incertus quando*), mais qui doit nécessairement arriver un jour. Lorsqu'il y a incertitude, non seulement sur le point de savoir quand le terme arrivera, mais encore s'il arrivera (*incertus an et quando*), il forme une véritable condition (Voy. t. VII, n° 282). Or, c'est ce qui se passe dans le cas envisagé. Le débiteur doit-il le capital par l'effet immédiat et direct du contrat de constitution de rente? Certainement

(1) Comp. DUVERGIER, *Du prêt*, n° 339, note 1; PONT, t. I, n° 348; GUILLOUARD, n° 195.

(2) LAURENT, t. XXVII, n°s 14 à 17; ARNTZ, t. IV, n° 3185; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 843.

(3) *Sic*, BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*

(4) LAURENT, t. XXVII, n° 15.

non, et il serait absurde de prétendre qu'à ce moment il est devenu débiteur du capital par lui reçu avec un terme illimité pour le rembourser. Deviendra-t-il un jour débiteur de ce capital? On n'en sait encore rien; il en deviendra débiteur s'il cesse de remplir ses engagements et que le créancier demande la résolution du contrat au lieu d'en poursuivre l'exécution (Voy. t. VII, nos 270, 271); il n'en deviendra jamais débiteur s'il les remplit fidèlement.

Nous devons d'ailleurs faire observer que, dans l'ancien droit, la possibilité de réclamer le remboursement du capital faute de paiement des arrérages, ne pouvait résulter que de l'insertion dans le contrat d'une condition résolutoire expresse: « Il est à remarquer, disait Catellan, que les textes de droit canonique qui défendent la répétition du capital dans les rentes constituées, ne parlent pas, du moins précisément, du cas auquel l'acheteur a stipulé dans le contrat cette répétition *faute de paiement de la rente pendant deux années*, et par l'usage de toute la France on insère journellement cette clause dans tous les contrats de constitution de rente (1). »

Or, conclut justement M. Guillouard, c'est cet usage pratiqué en France dès le XVIIe siècle que l'art. 1912 § 1 a transformé en loi. Le Code présume avec raison que l'intention des parties a été de sous-entendre la condition résolutoire si, pendant deux années, le débi-rentier cessait de remplir ses engagements (2); mais jamais il n'a été question de la déchéance d'un terme *illimité!* Il faut même remarquer que les inventeurs du terme illimité abandonnent leur création fantaisiste quand il s'agit de résoudre d'autres questions, et reviennent alors à la seule interprétation qui soit admissible. Ainsi Laurent examinant le point de savoir si l'art. 1912 § 1 s'applique aux rentes constituées avant le Code ne parle

(1) *Arrêts remarq. du Parl. de Toulouse*, liv. V, ch. XX.
(2) n° 195, 1.

plus de la déchéance du terme, mais résout la difficulté en partant de cette idée qu'il s'agit dans ce texte *d'une cause nouvelle de résolution* (1).

207. A la rigueur la condition résolutoire tacite devrait produire son effet par suite du non-paiement d'un seul terme échu. Mais la loi a pensé avec raison que les parties n'ont pas voulu admettre une solution aussi dure qui soumettrait le débiteur à la nécessité de rembourser le capital dès le premier retard. Elle a décidé en conséquence que le capital ne deviendrait exigible que si le débiteur cessait de remplir ses obligations pendant deux années, c'est-à-dire quand il n'a pas payé deux annuités (2). Ce délai peut d'ailleurs être modifié par les parties (3).

Les deux années doivent être révolues avant la demande en remboursement, et consécutives (4). Ce dernier point est cependant contesté; on ne peut pas, dit-on, ajouter au texte une prescription qu'il ne contient pas : or l'art. 1912 ne dit pas que les deux années doivent être consécutives (5). Sans doute, l'art. 1912 ne le dit pas en toutes lettres, mais il le dit en bon français. Quand on dit qu'il n'a pas cessé de pleuvoir pendant deux jours, il va de soi que les deux jours étaient consécutifs. C'est la continuité durant deux années de la cessation d'effectuer les prestations dues qui forme la gravité légale de cette cessation; une intermittence quelconque ferait disparaître cette gravité.

(1) T. I, n° 226.

(2) Cass. 12 nov. 1822, D. *Répert.*, v° *Rentes constit.;* AUBRY et RAU, § 398, texte et note 7; LAURENT, t. XXVII, n° 18; ARNTZ, t. IV, n°s 1383, 1384; GUILLOUARD, n° 196; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 843.

(3) LAURENT, t. XXVII, n° 19; GUILLOUARD, n° 198.

(4) AUBRY et RAU, § 398; LAURENT, t. XXVII, n° 18; ARNTZ, *loc. cit.*

(5) DUVERGIER, n° 618; PONT, t. I, n° 351; GUILLOUARD, n° 197; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 843.

De ce que la disposition de l'art. 1912 § 1 est une application des principes sur la condition résolutoire, il suit que le créancier doit justifier qu'il a mis le débiteur en demeure de payer. Cela paraît évident quand la rente est *quérable* (1). Quand la rente est portable, on admet généralement que le débiteur est mis en demeure par la seule échéance du terme. Cette opinion se fonde sur les termes de l'art. 1912 qui semble n'exiger aucun fait de la part du créancier (2). Mais quand le texte déclare que le débiteur peut être contraint au rachat *s'il cesse* de remplir ses obligations pendant deux années, il veut dire simplement que, dans ce cas, la demande en remboursement sera possible. Cela n'implique aucune dérogation aux règles ordinaires sur la mise en demeure (3). Tout ce qu'on peut dire, c'est que la résolution ne pouvant, en cas pareil, résulter que d'une sentence judiciaire, la mise en demeure et l'ajournement seront la conséquence du même acte, car il n'est pas nécessaire qu'une mise en demeure spéciale ait précédé l'exploit introductif d'instance (Voy. t. VII, n° 270; comp. n° 118). L'opinion que nous repoussons méconnaît la règle que la résolution, dans les cas d'application de l'art. 1184, doit être prononcée en justice, et semble admettre que le créancier non payé pendant deux années peut agir *de plano* contre le débiteur par voie de commandement, s'il est porteur d'un titre exécutoire.

Ceux qui pensent que l'art. 1184 doit être mis de côté, et qui rattachent à la déchéance du terme le droit d'exiger le remboursement, sont conséquents avec leur principe en déci-

(1) Cass. 28 juin 1836, S. 36, 1, 690; Rennes, 23 août 1879, S. 80, 2, 198; DUVERGIER, n° 342; AUBRY et RAU, § 398, texte et note 10; PONT, t. I, n° 352; GUILLOUARD, n° 200; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 843.

(2) Cass. 9 août 1841, S. 41, 1, 796; AUBRY et RAU, § 398, texte et note 8; LAURENT, t. XXVII, n° 20; GUILLOUARD, n° 199; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 843.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 123 *bis* II-X; PONT, t. I, n° 352.

dant qu'une mise en demeure n'est jamais nécessaire (1).

Le débiteur mis en demeure de payer les arrérages conformément aux principes généraux, pourra, *suivant les circonstances*, ainsi que le dit l'art. 1184, obtenir des juges saisis de la demande en remboursement, un délai pour opérer sa libération; il pourra donc purger la demeure, c'est-à-dire payer les arrérages demandés et éviter ainsi la résolution du contrat (2). (Voy. t. VII, n° 281).

208. L'art. 1912 § 1 à raison du chapitre dans lequel il est placé et de sa combinaison avec l'art. 1909 ne concerne que les rentes constituées à titre onéreux, et non les rentes constituées à titre gratuit. La condition résolutoire ne saurait avoir d'application aux actes de ce genre (Voy. t. VII, n° 267). Sans doute la résolution pourra être prononcée, et le donateur qui n'a pas payé deux annuités pourra être condamné à payer le capital correspondant à la rente, mais seulement dans le cas où il sera démontré qu'il avait entendu donner ce capital. Sinon l'art. 1912 ne sera pas applicable (3). Pour justifier ce résultat, il ne faudrait pas, comme on l'a fait (4), alléguer que l'art. 1912 § 1 constitue une véritable clause pénale, car il n'y a aucune espèce de rapport entre la disposition de ce texte et une clause pénale.

Il s'agit, ce qui est bien différent, d'une cause de résolution introduite par le Code civil et ayant pour base une appréciation de la volonté probable des parties contractantes. C'est donc la loi en vigueur au moment du contrat qu'il

(1) LAURENT, t. XXVII, nos 20, 21; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 843; Comp. Cass. 29 août 1868, S. 61, 1, 145.

(2) *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 26; ARNTZ, t. IV, n° 3185; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III. n° 843.

(3) Cass. 23 août 1879, S. 80, 2, 198; DUVERGIER, n° 364; PONT, t. I, n° 355; LAURENT, t. XXVII, n° 31; ARNTZ, t. IV, n° 1388; *Contrà*, Cass. 12 juill. 1813, S. C. N., IV, 1, 392; AUBRY et RAU, § 398, texte et note 9; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 123 *bis* XV.

(4) *Sic*, GUILLOUARD, n° 205.

faudra appliquer (Voy. t. I, n° 75) (1). A l'appui de l'opinion contraire on a dit : « Il ne s'agit pas d'interpréter la convention en elle-même, mais de rechercher quelle sanction les parties ont voulu attacher à l'inexécution de la convention, et il est raisonnable de rechercher la portée de cette inexécution à l'époque où elle se produit, c'est-à-dire d'après la loi nouvelle (2). » C'est le contraire qui nous paraît raisonnable. Pour rechercher quelle sanction les parties *ont voulu* attacher à l'inexécution de la convention, il faut se placer au moment où elles *ont voulu*. Or, à ce moment elles ne pouvaient avoir en vue une cause de résolution qui n'existait pas.

209. Si la rente avait été créée directement comme prix de l'aliénation d'un fonds, on sortirait de l'hypothèse envisagée par les art. 1909 et 1912 § 1; il s'agirait alors d'une rente foncière, et le créancier ne serait pas obligé, pour agir, d'attendre que deux annuités d'arrérages soient demeurées impayées (Voy. t. IV, n° 46, 6°) (3).

210. L'obligation contractée par le débi-rentier tant en arrérages qu'en principal est divisible entre ses héritiers qui ne peuvent être contraints soit au rachat, soit au paiement des arrérages que pour la part dont chacun d'eux est tenu à raison de sa portion virile dans la succession (4).

Dans le cas où une rente perpétuelle s'est ainsi divisée entre plusieurs héritiers, le paiement annuel de la totalité

(1) Trib. Vannes sous Rennes, 23 août 1879, D. 81, 2, 158; DURANTON, t. XVII, n° 615; PROUDHON et VALETTE, *Tit. prélim. du C. C.*, p. 64-67; DEMOLOMBE, t. I, n° 55; AUBRY et RAU, § 30, texte n° 3, note 53; PONT, t. I, n° 354.

(2) GUILLOUARD, n° 206; Conf. Cass. 25 nov. 1839, S. 40, 1, 252; DUVERGIER, n°s 355-359; ARNTZ, t. IV, n° 1389; Trib. Hasselt, 19 juin 1872, *Pas.*, 72, 3, 249, et la jurisprudence belge.

(3) Cass. 4 janv. 1864, S. 65, 1, 126; DUVERGIER, n°s 365, 366; PONT, t. I, n° 356; LAURENT, t. XXVII, n° 32; GUILLOUARD, n° 208.

(4) AUBRY et RAU, § 398; ARNTZ, t. IV, n° 1390; GUILLOUARD, n° 209.

des arrérages fait pendant trente ans par un seul des héritiers n'enlève pas à la rente son caractère divisible, et n'autorise pas le crédi-rentier à réclamer à cet héritier soit la totalité des arrérages, soit le remboursement de la totalité du capital, en cas de non-paiement des arrérages (1).

211. La plupart des décisions qui précèdent doivent encore être étendues à la seconde hypothèse prévue par l'art. 1912 § 2, celle où le débiteur manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat, à laquelle il convient d'ajouter par argument tiré de l'art. 1188, celle où il diminue par son fait les sûretés déjà fournies.

C'est encore un cas de condition résolutoire tacite; par conséquent les tribunaux pourront accorder un délai au débiteur pour fournir les sûretés promises (2), et le texte ne sera pas applicable aux rentes constituées à titre gratuit.

Le débiteur diminue par son fait les sûretés déjà fournies lorsqu'il aliène en partie les immeubles hypothéqués en garantie du service de la rente. Il en sera de même en cas d'aliénation de la totalité des immeubles si l'acquéreur ou son ayant cause veut procéder aux opérations de la purge des hypothèques pour dégrever l'immeuble.

Si les sûretés fournies ont été diminuées ou détruites par un cas fortuit, le débiteur pourrait se soustraire à l'obligation de rembourser le capital, en fournissant un complément de garanties ou des garanties équivalentes (arg. art. 2131) (3).

Enfin la faillite et la déconfiture du débiteur ont encore pour effet de rendre le capital exigible. Ces événements qui, dans les contrats à terme, entraînent la déchéance du terme,

(1) Trib. Bruxelles, 12 déc. 1874, *B. J.*, 75, 380.

(2) DURANTON, t. XVII, n° 626; DUVERGIER, n° 339; GUILLOUARD, n° 212; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 34; ARNTZ, t. IV, n° 1391.

(3) AUBRY et RAU, § 398, texte et note 12; PONT, t. I, n° 358; LAURENT, t. XXVII, n° 37; GUILLOUARD, n° 211; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 843.

opèrent comme condition résolutoire tacite dans le contrat de constitution de rente qui ne comporte pas de terme.

Par conséquent la résolution devra être demandée en justice, mais les juges ne pourront pas accorder un délai, car d'après l'art. 1184 ils ne peuvent user de ce pouvoir que selon les circonstances ; or la faillite et la déconfiture sont des circonstances exclusives de toute concession de délai. Mais si la faillite ou la déconfiture rendent le capital exigible même à l'égard d'une caution solidaire, ainsi que cela a été jugé (1), la caution pourrait obtenir un délai. La mort du débiteur et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession, ne sauraient produire les mêmes effets que la faillite (2).

Il faut encore décider que l'art. 1913 ne peut être étendu aux rentes constituées à titre gratuit, ni aux rentes foncières (3).

212. Nous examinerons plus loin le régime applicable aux rentes viagères.

Car,

ART. 1914. Les règles concernant les rentes viagères sont établies au titre *des Contrats aléatoires*.

(1) Caen, 10 nov. 1857, S. 58, 2, 427.
(2) Cass. 27 mai 1829, S. C. N., IX, 1, 300.
(3) Cass. 5 août 1874, S. 75, 2, 327.

APPENDICE AU TITRE DIXIÈME

N° 1. — Règles de Droit international privé.

213. — Règle générale; intention des parties à rechercher pour savoir quelle loi doit être appliquée.
214. — Cas où la convention n'indique pas le taux de l'intérêt stipulé.
215. — *Quid*, si le prêt doit être réalisé dans un lieu autre que celui où la convention a été faite?
216. — Caractère, au point de vue international, des lois limitant le taux de l'intérêt.
217. — Intérêts moratoires.
218. — Intérêts compensatoires.

213. Le contrat de prêt, quel que soit son objet, qu'il s'agisse du prêt à usage ou du prêt de consommation, avec ou sans intérêts, est soumis, quand il s'agit du conflit des lois, aux règles générales qui gouvernent les conventions.

Il faut en dire autant du contrat de constitution de rente. Cependant les parties pourraient être présumées, d'après les circonstances, s'être soumises, soit à la loi du pays du titulaire de la rente, soit lorsqu'elles ont contracté, au sujet d'un immeuble, à la loi du lieu de la situation de cet immeuble (1). C'est toujours, en définitive, la volonté des parties qu'il s'agira de rechercher pour l'appliquer.

214. Si le contrat contient une clause d'intérêts dont le taux n'est pas indiqué, c'est d'après la loi qui régit le contrat lui-même que ce taux doit être fixé.

Par conséquent, les prêts faits en pays étranger seront, en ce qui concerne le taux de l'intérêt, exclusivement régis par

(1) BROCHER, *Cours de Dr. int. pr.*, t. II, n^os^ 219, 227.

les lois du pays où ils ont eu lieu, peu importe que le contrat ait été passé entre étrangers, entre étrangers et Français ou même entre Français (1).

Quant à la disposition de l'art. 1907 exigeant que le taux de l'intérêt conventionnel soit fixé par écrit, il faut la considérer comme réglant une formalité extrinsèque soumise à la règle *locus regit actum* (2).

215. Cependant, si la convention étant passée dans un pays, le prêt doit être réalisé, c'est-à-dire les espèces délivrées dans un autre pays, c'est la loi de ce dernier pays qui doit être suivie (3). Cette règle est applicable, d'une manière distributive, aux ouvertures de crédit; ainsi, quand des effets à ordre remis au banquier à l'étranger sont datés de France, payables en France et ont été négociés en France, il faut les considérer comme régis par les lois françaises. Au contraire, les billets qui auraient été souscrits et négociés à l'étranger doivent être régis par la loi étrangère (4).

Enfin, les circonstances pourraient faire décider que les parties ont entendu se soumettre à la loi du principal établissement de l'emprunteur. (5)

216. Les lois qui limitent le taux de l'intérêt, ne peuvent être considérées comme ayant un caractère d'ordre public international (comp. t. I, n° 76). La question, depuis la loi du 12 janv. 1886, ne présente plus d'intérêt qu'en matière civile. Certains auteurs estiment cependant que ces lois ont

(1) AUBRY et RAU, § 396, p. 606; WEISS, *Traité élém. de Dr. int. pr.*, p. 803; DESPAGNET, *Précis de Dr. int. pr.*, p. 422. Voy. Bordeaux, 24 août 1869, *J. Bordeaux*, 70, 27; Bordeaux, 22 août 1865, S. 66, 2, 217.

(2) BROCHER, *loc. cit.*, t. II, n° 256; Comp. Chambéry, 19 fév. 1875, S. 76, 2, 174.

(3) Cass. 21 déc. 1874, S. 75, 1, 78; GUILLOUARD, n° 142; Comp. L. 1 pr., D. 22, 1, *De usuris;* L. 8, D. 42, 5, *De bonis auct. jud. possid.*

(4) Chambéry, 19 fév. 1875, S. 76, 2, 174.

(5) Cour circuit Nebraska, janv. 1881, *J. de Dr. int. pr.*, 83, 416.

un caractère d'ordre public qui exclut l'application de toute disposition contraire soit légale, soit conventionnelle (1). Mais cet opinion est absolument repoussée par la jurisprudence (2). Du moment, en effet, que la faculté de percevoir un intérêt quelconque est admise par la loi, il est tout naturel que, pour fixer le taux de l'intérêt, chaque pays tienne compte de sa situation en fait de commerce, de crédit, etc. De là il suit, qu'en semblable matière, la loi ne peut avoir que le caractère d'un règlement spécial dont les dispositions varient suivant les lieux et les circonstances et ne s'élèvent jamais à la hauteur de ces principes absolus devant lesquels toutes les nations doivent s'incliner (3).

Les auteurs répètent, depuis Voet (4), que la solution qui précède devrait, néanmoins, subir une restriction, dans le cas où des Français se rendraient à l'étranger dans le but de conclure entre eux un contrat de prêt dans des conditions usuraires au point de vue de la loi française : *Fraus omnia corrumpit* (5).

Mais c'est une hypothèse d'école qui ne s'est jamais réalisée dans la pratique, et qui semble n'avoir d'autre but que de donner une consistance apparente à la théorie de la *fraude à la loi* (Voy. t. I, nos 201, 280, etc.)

217. La loi du lieu du contrat doit recevoir son application, même pour les intérêts courus depuis l'introduction de l'ins-

(1) DUVERGIER, *Du prêt*, n° 313; LAURENT, *Droit civ. intern.*, t. VIII, p. 291; WEISS, *loc. cit.*, p. 803, note 4, etc.

(2) Cass. 10 juin 1857, S. 59, 1, 751; Trib. Seine, 12 mai 1885, *J. de Dr. int. pr.*, 1885, 305; Trib. comm. Havre, 7 fév. 1887, *Rev. int. du Dr. marit.*, 86-87, 687.

(3) Bastia, 19 mars 1866, S. 66, 2, 255; AUBRY et RAU, § 396; PONT, n° 270; BROCHER, *loc. cit.*, t. II, p. 248; DESPAGNET, *loc. cit.*, p. 415; GUILLOUARD, n° 142.

(4) *Ad pandec.*, lib. 24, tit. 1, § 6.

(5) DEMANGEAT sur FOELIX, t. I, p. 251, note *a*; DESPAGNET, p. 416; GUILLOUARD, n° 143, 1.

tance judiciaire ayant pour objet le paiement d'une dette contractée en pays étranger et productive d'intérêt. Il n'y a pas lieu de distinguer, comme on l'a proposé (1), suivant que le prêt à été fait à la condition que la somme prêtée produira des intérêts *jusqu'à son remboursement*, ou qu'une telle précision n'a pas été faite. Dans tous les cas, en effet, la convention subsiste jusqu'au paiement qui éteint l'obligation de l'emprunteur, et elle doit régler jusqu'à ce moment l'étendue des droits qui en dérivent (2). Les intérêts moratoires se confondent en ce cas avec les intérêts conventionnels.

Cette confusion n'a pas lieu quand il s'agit d'une dette non productive d'intérêt, contractée en pays étranger, devant y recevoir son exécution, et dont le remboursement est cependant réclamé devant les tribunaux français. La Cour de cassation a décidé qu'en pareille hypothèse les intérêts moratoires ne pouvaient être alloués qu'au taux légal de 5 0/0, conformément à la loi française, par le motif que l'obligation de payer les intérêts dérive alors, non des stipulations du contrat passé en pays étranger, mais de la demande elle-même portée devant les tribunaux, français (3). Mais cette solution est difficilement acceptable (Voy. t. VII, n° 166). Dans l'espèce soumise à la Cour suprême, le contrat avait été conclu et devait recevoir exécution en Tunisie; le taux de l'intérêt devait donc être fixé à 12 0/0, conformément aux lois en vigueur dans ce pays, et non à 5 0/0 conformément à la loi française (4) Les parties ont en effet envisagé la loi en vigueur au lieu où le contrat doit recevoir son exécution, et il n'est

(1) PONT, t. I, n° 271; Aix, 14 janv. 1825, S. 26. 2, 166; Bordeaux, 22 août 1865, S. 66, 2. 217.

(2) Cass. 10 juin 1857. S. 59, 1, 751; Bastia, 19 mars 1866, S. 66, 2, 255; AUBRY et RAU, § 396, texte et note 28; RENAULT, *Rev. crit.*, 1881, p. 473; DESPAGNET, *loc. cit.*, p. 417; GUILLOUARD, n° 144.

(3) Cass. 13 avr. 1885, *J. de Dr. int. pr.*, 86, 459.

(4) CHAUSSE, *Rev. crit.*, 1886, *Exam. doctr.*, p. 693.

pas possible de soutenir sérieusement que les intérêts sont dus uniquement en vertu de la demande.

218. Cela est si vrai que lorsqu'il s'agit d'intérêts compensatoires, quand un Français porte devant un tribunal français une action en responsabilité contre un autre Français, à raison d'agissements en pays étranger, le tribunal qui condamne le défendeur à des dommages-intérêts, peut sans violer la loi du 3 septembre 1807, ainsi que le reconnaît la Cour de cassation elle-même (1), déclarer que la somme ainsi allouée produira des intérêts suivant le taux de la loi du pays où les faits se sont accomplis (2).

N° 2. — Règles fiscales.

219. — Le tarif applicable est celui concernant les obligations de sommes.
220. — Promesses de prêt; ouvertures de crédit, L. 23 août 1871, art. 5.
221. — Contrats conditionnels de prêt, spécialement dans le cas de prêt effectué par la Société du crédit foncier.
222. — Promesse pure et simple de prêter et d'emprunter.
223. — L. 8 sept. 1830, concernant les prêts faits sur dépôts ou marchandises.
224. — Ouverture ou réalisation de crédit ayant eu lieu en pays étranger.
225. — Les règles ci-dessus ne concernent pas le commodat.

219. Les obligations résultant d'un contrat de prêt simple ou à intérêt, constaté par écrit ou énoncé dans un écrit, rentrent dans les obligations de sommes soumises par l'art. 69 § 3 de la loi du 22 frim. an VII, à un droit de 1 0/0, liquidé sur le capital exprimé dans l'acte. Nous avons déjà mentionné les règles générales concernant les obligations de sommes (Voy. t. VII, nos 386, 390 et suiv.).

(1) Cass. 9 juin 1880, S. 81, 1, 449.
(2) *Contrà*, WEISS, p. 808, note 3.

La plus usuelle des obligations de sommes est le prêt qui se forme par la numération préalable des deniers. A cause de cela, on a soutenu que les promesses de prêter, bien qu'obligatoires en droit civil, ne rentraient pas dans les prévisions du tarif et n'étaient pas soumises à l'impôt proportionnel (1). Mais cette opinion n'a pas prévalu.

220. Les promesses de prêter se produisent, ordinairement, sous la forme d'une ouverture de crédit. La matière est, aujourd'hui, réglée par la loi du 23 août 1871. Pour les faits antérieurs à cette loi, il était admis par la jurisprudence que l'obligation du crédité remontait, *quasi eventu conditionis*, à l'acte d'ouverture du crédit; par suite, le droit proportionnel devenait exigible, sur ce premier acte, aussitôt que l'administration trouvait la preuve de l'accomplissement de la condition, sans être tenue de prouver, en outre, l'existence d'un nouvel écrit (2).

L'art. 5 de la loi du 23 août 1871 est ainsi conçu :

« Les actes d'ouverture de crédit sont soumis à un droit proportionnel d'enregistrement de cinquante centimes par cent francs. — La réalisation ultérieure du crédit sera assujettie aux droits fixés par les lois en vigueur, mais il sera tenu compte, dans la liquidation, du montant du droit payé en exécution du paragraphe 1er du présent article. — Le droit d'hypothèque fixé à un pour mille par l'art. 60 de la loi du 28 avril 1816, sera perçu lors de l'inscription des hypothèques garantissant les ouvertures du crédit. »

C'est donc le crédité qui doit être considéré comme *le débiteur*, devant supporter, aux termes de l'art. 31 de la loi de frimaire, personnellement et sans recours, le droit encouru sur l'ouverture de crédit. Le créditeur est tenu seulement vis-à-vis de l'administration, et, sauf recours contre le cré-

(1) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, nos 799, 929.

(2) Cass. 16 janv. 1872, *Instr. gén.*, 2434, 6; GARNIER, *Rép. pér.*, n° 3401; *Rép. gén.*, n° 4653.

dité, en vertu des art. 29 et 30 de la même loi (1). L'administration peut puiser la preuve de la réalisation du crédit, dans tous les documents publics ou privés dont elle est autorisée à prendre communication, et, spécialement, dans les livres et pièces de comptabilité des sociétés, que l'art. 7 de la loi du 21 juin 1875 lui donne le droit de vérifier (2). Si un acte public avait été dressé mentionnant un chiffre inférieur au chiffre réel des avances faites au crédité, il y aurait là une fausse déclaration donnant à l'administration le droit de poursuivre le recouvrement pendant trente ans, et non durant deux années seulement comme lorsque il y a lieu à évaluation (3).

Il faut observer, toutefois, que l'art. 5 de la loi de 1871 est spécial à l'ouverture de crédit, c'est-à-dire à une convention par laquelle une partie s'oblige à prêter, sans que l'autre partie s'oblige à emprunter. Il ne s'applique pas au contrat conditionnel de prêt, contrat dans lequel la condition étant accomplie, l'un est obligé à verser les fonds et l'autre est obligé à les recevoir.

221. Nous avons déjà fait observer que ce genre de convention ne se rencontre guère que dans les affaires traitées avec la *Société de crédit foncier* (*Suprà*, n° 180). Quand le conseil d'administration est suffisamment édifié sur la validité du gage offert à la société, il passe avec l'emprunteur un acte conditionnel de prêt, en vertu duquel il fait prendre une inscription hypothécaire. Il est procédé ensuite à la purge préalable, après laquelle un nouvel acte, dressé à la suite de l'acte conditionnel, constate l'annulation du projet de prêt ou sa réalisation définitive, suivant qu'il s'est ou non

(1) Voy. DEMANTE, *Principes de l'enreg.*, t. I, n° 398, V.

(2) Trib. Seine, 2 mars 1877, D. 77, 3, 94.

(3) Voy. TESTOUD, *Rev. crit.*, 1883, *Exam. doctr.*, p. 403 ; *Contrà*, Trib. Seine, 29 juill. 1881.

révélé une inscription hypothécaire ou un droit réel grevant l'immeuble hypothéqué.

L'acte conditionnel est passible du droit fixe, qui est aujourd'hui de 3 francs, et demeure, dans tous les cas, acquis au trésor. L'acte définitif est seul soumis au droit proportionnel sur lequel ne peut être imputé le droit fixe déjà payé (1).

En dehors de l'hypothèse qui vient d'être examinée les prêts conditionnels sont rares. Ceux qui pourraient être constatés auront souvent pour but de simuler une véritable ouverture de crédit. Ce sera à l'administration de prouver la simulation pour appliquer le tarif de 1871.

222. La promesse de prêter peut encore intervenir purement, sans condition, de telle sorte qu'actuellement, le futur prêteur soit obligé de verser la somme et le futur emprunteur obligé de la recevoir pour la rendre au terme indiqué.

Il y a lieu, dans ce cas, à la perception immédiate du droit de 1 0/0. Mais ce droit doit-il être assis sur l'obligation contractée par celui qui doit jouer le rôle de bailleur de fonds, ou sur celle de l'emprunteur? L'administration avait d'abord pensé qu'il fallait imposer l'obligation du bailleur de fonds. Mais la Cour de cassation a considéré l'acte comme contenant : « *Un véritable prêt*, dont le capital est certain, qui doit être fourni intégralement, *qui est déclaré aliéné*, et dont le remboursement est stipulé aussi intégralement (2). »

« Cela revient à dire, fait observer M. G Demante, que le prêt peut se consommer par une tradition feinte, que le prêteur conservant la somme en qualité de dépositaire de l'emprunteur, constitue ce dernier propriétaire et possesseur de la dite somme (3). »

(1) *Instr. gén.*, n° 1968.

(2) Cass. 2 avr. 1845, D. 45, 1, 200; Besançon, 8 juin 1853, GARNIER, *Rép. pér.*, 166.

(3) *Loc. cit.*, n° 400.

Si cela est vrai, il faut reconnaître que la somme envisagée par les parties n'ayant jamais été individualisée ni comme argent devant être prêté, ni comme argent déposé, ne pourra pas être revendiquée par l'emprunteur si celui qui devait être le bailleur de fonds fait faillite avant l'époque fixée pour la livraison effective des espèces (arg. art. 1932).

223. Enfin, il faut observer que, par dérogation à l'art. 69 précité de la loi de frimaire, la loi du 8 septembre 1830 décide que les actes de prêts sur dépôt ou consignation de marchandises, fonds publics français et actions de compagnies d'industries et de finances, dans le cas prévu par l'art. 95, C. com., sont admis à l'enregistrement moyennant un droit fixe porté à 3 francs par application de la loi du 28 février 1872. Cette solution est applicable même quand l'emprunteur n'est pas commerçant, pourvu que l'opération ait un caractère commercial, et à l'hypothèse où le dépôt de titre est fourni par un tiers en garantie d'un prêt fait à un commerçant (1).

224. Les actes d'ouverture et de réalisation de crédit passés en pays étranger devant être enregistrés lorsqu'il en est fait mention en justice, la constatation de l'existence de ces actes dans un jugement rendu par un tribunal français qui les a pris pour base de sa décision, autorise la réclamation du droit proportionnel. Il a été jugé dans un cas spécial que l'on n'est pas fondé à opposer que ces actes avaient été annulés avant leur production en justice, ni qu'ils n'avaient jamais eu que le caractère de simples projets, alors que le contraire résulte des faits de la cause (2).

225. Enfin, il va de soi que le tarif des obligations de sommes n'a pas d'application dans les hypothèses où un corps certain doit être restitué, par exemple dans le commodat.

(1) Cass. 11 mars 1896, Voy. BINET, *Rev. crit.*, 1897, *Exam. doctr.*, p. 129.

(2) Cass. 12 déc. 1877, D. 78, 1, 178.

TITRE ONZIÈME

DU DÉPOT ET DU SÉQUESTRE.

CHAPITRE PREMIER

DU DÉPOT EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES ESPÈCES.

226.— Définitions, art. 1915, 1916.

226. D'après Pothier : « Le dépôt est un contrat par lequel l'un des contractants donne une chose à garder à l'autre qui s'en charge gratuitement et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera requis (1). »

La définition était bonne et convenait au seul objet défini. Mais le Code ayant donné au séquestre, qui n'est pas un dépôt, la qualification de dépôt, la définition ne pouvait plus embrasser deux objets disparates quoique assez rapprochés.

En conséquence les rédacteurs du Code civil ont effacé de la définition de Pothier tout ce qu'il y avait de caractéristique et lui ont substitué une formule sans précision ni signification; ils ont dit :

ART. 1915. Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature (*).

Cet acte est-il un contrat, un quasi-contrat ou autre chose? La définition n'en dit rien; est-il ou n'est-il pas gratuit? On ne le sait pas. Le dépositaire devra-t-il restituer quand il en sera requis? On ne le sait pas davantage.

(*) Art. 1915. — L. 1, pr. D. 16. 3, *Depositi*.
(1) *Contrat de dépôt*, n° 1.

Les auteurs cependant approuvent assez généralement cette définition prétendument perfectionnée (1).

Le Code ajoute ensuite dogmatiquement :

ART. 1916. Il y a deux espèces de dépôts : le dépôt proprement dit, et le séquestre.

(1) Comp. DURANTON, t. XVIII, n° 2; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 126 *bis;* PONT, t. I, n° 371; LAURENT, t. XXVII, n° 68; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 848; Voy. cep. AUBRY et RAU, § 400.

CHAPITRE II.

DU DÉPOT PROPREMENT DIT.

SECTION Ire.

De la nature et de l'essence du contrat de dépôt.

227. — Gratuité du dépôt, art. 1917; son objet, art. 1918; comment il se forme, art. 1919. Cas de deux contrats successifs.
228. — Il s'agit dans le dépôt du cas où le contrat a pour objet principal la garde gratuite d'une chose mobilière.
229. — *Quid* si la chose était consomptible par le premier usage?
230. — Remise d'objets dans le but d'assurer l'exécution d'une autre convention.
231. — Deux espèces de dépôt, art. 1920.

227. Il résulte de la singulière terminologie adoptée par le Code, qu'il y a d'abord un dépôt *proprement dit*, c'est-à-dire une opération justement appelée dépôt, et ensuite une autre opération qui ne peut être appelée dépôt que *improprement*, parce que en réalité ce n'est pas un dépôt.

Pour caractériser la *nature* et l'*essence* de la seule opération qui puisse, proprement, être appelée *dépôt*, les rédacteurs du Code civil ont repris et versé dans plusieurs articles les divers éléments de la définition donnée par Pothier :

ART. 1917. Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.

ART. 1918. Il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières.

ART. 1919. Il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée. — La tradition feinte suffit, quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt (*).

Cette dernière tradition est tout simplement la tradition dite *brevi manu* qui ne contient aucune espèce de fiction.

L'hypothèse ainsi envisagée nous montre que le contrat

(*) Art. 1919. — L. 1 § 14, D. 16, 3, *Depositi*.

de dépôt succède quelquefois immédiatement à un contrat antérieur passé entre les mêmes personnes. Ainsi, plusieurs co-intéressés donnent mandat à un ami de faire les diligences nécessaires pour obtenir la restitution de certains objets mobiliers qui leur appartiennent. L'opération accomplie, il est convenu que le mandataire conservera à titre de dépôt les objets recouvrés. Il y a là deux contrats successifs et régis par les règles qui leur sont propres. Les divers mandants seront solidairement tenus envers le mandataire de tous les effets du mandat (art. 2002); mais il n'y aura pas solidarité entre eux pour les obligations dont ils pourront être tenus en qualité de déposants.

En serait-il de même si au lieu de deux contrats distincts, il n'y avait eu qu'une seule convention; ainsi *ab initio* il a été convenu que le mandataire recouvrerait les objets dont il s'agit, et les garderait ensuite en dépôt jusqu'à réclamation des propriétaires? Il est certain que non; on ne peut pas dire que le mandat s'est transformé en dépôt; il n'y a eu qu'un seul contrat et ce contrat n'était pas un depôt, et n'a pu dégénérer en dépôt malgré les termes employés. Le mandataire continuera de détenir au même titre les objets par lui recouvrés et aura action solidaire contre ses mandants pour toutes les dépenses, sans distinction, qu'il aura le droit de réclamer.

228. Le contrat dont il s'agit envisagé, comme il doit l'être, dans son but principal était un mandat. Pour constituer un dépôt, il faut que le contrat ait pour objet principal la garde d'une chose mobilière corporelle (1). Il importe peu qu'elle soit ou non susceptible d'être consommée par l'usage, car elle doit être restituée telle qu'elle a été reçue, et il ne saurait dépendre du dépositaire de changer la nature du contrat en consommant la chose. Il ne saurait même prétendre

(1) GUILLOUARD, *Contrat de dépôt*, n° 9, et tous les auteurs.

s'en servir temporairement pour son usage personnel.

Néanmoins s'il était autorisé, par une clause de la convention, à se servir, en cas de besoin, de la chose déposée, le contrat ne cesserait pas d'être un dépôt s'il avait pour objet une chose non consomptible par le premier usage. Le dépositaire, en effet, ne cesserait pas d'avoir la garde de la chose déposée, même pendant qu'il s'en servirait.

229. Il en serait autrement si le prétendu dépositaire était autorisé à se servir d'une chose consomptible par le premier usage, ce qui implique la faculté de restituer des choses pareilles. C'est ce qu'on a appelé *un dépôt irrégulier*. Mais cette dénomination n'explique rien. On dit qu'il est certain que le contrat est un dépôt tant que le dépositaire n'a pas consommé la chose; mais que, en consommant la chose, le dépositaire agit comme emprunteur, de telle sorte que le dépôt se trouve transformé en prêt, et qu'il y a deux contrats qui se succèdent l'un à l'autre (1).

Il semble bien, en effet, que la même convention contient deux contrats distincts; l'un pur et simple relatif à un dépôt ordinaire, l'autre conditionnel, subordonné à la condition que le dépôt existera encore au moment où le dépositaire voudra consommer la chose. Ainsi un propriétaire dépose une certaine quantité de blé dans les locaux d'un ami qui lui rend le service de les recevoir, mais en demandant la faveur de pouvoir consommer le blé déposé s'il en a besoin avant que le déposant l'ait retiré. Dans ces conditions le déposant ne sera pas lié et pourra certainement retirer le blé à sa volonté et mettre ainsi le dépositaire dans l'impossibilité de le consommer lui-même. Il n'en serait autrement que si les termes de la convention révélaient chez les parties une intention différente; mais alors la convention ne contiendrait

(1) DUVERGIER, *Dépôt*, n° 404; LAURENT, t. XXVII, n° 72; GUILLOUARD, *Du dépôt*, n° 21.

en réalité qu'un contrat de prêt ou mieux un contrat innommé (1).

230. Il n'y a véritablement dépôt, nous l'avons déjà fait remarquer, que dans les cas où la convention a pour but principal la garde de la chose. Bien souvent le dépôt d'un objet n'a aucune importance juridique spéciale, et se présente uniquement comme un moyen nécessaire de procurer l'exécution d'un contrat tout autre. Ainsi un client veut confier la défense de ses intérêts à un avoué ou à un avocat, il faut bien qu'il leur remette les titres et documents justifiant ses prétentions; mais l'avoué ou l'avocat n'en deviennent pas pour cela dépositaires. De même quand un éditeur remet à un imprimeur des clichés pour exécuter des tirages et que l'imprimeur conserve ces clichés dans son propre intérêt et pour faire de nouveaux tirages, celui-ci ne saurait être considéré comme dépositaire (2). Il serait puéril d'insister plus longtemps sur ce point et de démontrer, par exemple, qu'il ne saurait y avoir dépôt lorsqu'un objet est remis à quelqu'un pour qu'il le voie afin que celui-ci puisse l'acheter s'il lui plaît (3).

231. Il faut de plus pour qu'il y ait contrat de dépôt que le dépositaire se charge *gratuitement* de la garde de la chose. C'est ce qui permet de placer le dépôt parmi les contrats appelés avec une certaine exagération *contrats de bienfaisance;* c'est le dépositaire qui est le bienfaiteur. Par conséquent, la stipulation d'un salaire quelconque, en rémunération de la garde de l'objet envisagé, doit suffire pour donner au contrat le caractère de louage de services. C'est ce que

(1) Comp. AUBRY et RAU, § 401, texte et note 4; PONT, t. I, n° 445; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 129 *bis* III; LAURENT, t. XXVII, n° 73; Trib. sup. de Carlsruhe, 18 déc. 1885, *Pand. franç.*, 86, 5, 34.

(2) Trib. comm. Seine, 11 juin 1881, D. 83, 3, 54.

(3) Voy. Cass. 22 juin 1860, S. 60, 1, 917; 21 avr. 1866, S. 67, 1, 91.

veut dire la loi quand elle déclare, dans l'art. 1917, que le dépôt est essentiellement gratuit. Telle était l'opinion de Pothier (1), reproduite par les rédacteurs du Code. Il est vrai que, dans un passage où il parle de la responsabilité du dépositaire, il déclare que cette responsabilité sera plus grande quand celui-ci *s'est fait payer de sa garde*. Mais il en donne immédiatement la raison : « C'est, dit-il, que le contrat, en ce cas, n'est pas un vrai contrat de dépôt (2). » Le Code reproduit encore ce passage dans l'art. 1928 2°, expliqué plus loin, mais sans vouloir, pour cela, faire échec à la règle traditionnelle déjà formulée dans l'art. 1917 (3).

Pour contester cette solution on a donné de bien singulières raisons. Le contrat de dépôt, a-t-on dit, est *essentiellement* mais non *exclusivement* gratuit, ce qui revient à affirmer qu'il peut exclure la gratuité qui cependant forme son essence. C'est ainsi qu'on prétend concilier l'art. 1917 avec l'art. 1928 2°; il faudrait distinguer suivant qu'un salaire *modique* a été stipulé ou un salaire *élevé;* un salaire modique n'enlèverait pas au contrat son caractère de dépôt (4)!... Enfin le dépôt réalisé en conformité des règles qui précèdent est un contrat unilatéral, car par l'effet direct de la convention le dépositaire seul est obligé à garder la chose pour la restituer à la première réquisition du déposant.

231 ***bis***. Le législateur a cru bon d'édicter un texte spécial pour nous apprendre que :

ART. 1920. Le dépôt est volon- taire ou nécessaire.

Dans tous les cas le dépôt est un contrat; mais on le déclare volontaire lorsque le déposant a pu choisir en toute

(1) *Du dépôt*, n° 13.

(2) *Ibid.*, n° 31.

(3) DURANTON, t. XVIII, n° 20; DUVERGIER, n° 409; LAURENT t. XXVII, n° 77; GUILLOUARD, n° 16.

(4) PONT, t. I, n° 377; AUBRY et RAU, § 401, texte et note 5; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 849.

liberté la personne du dépositaire. Lorsque son choix n'a pas été libre, en ce sens que la personne du dépositaire lui a été en quelque sorte indiquée par les circonstances, comme cela peut arriver dans les accidents résultant d'une force majeure, on dit que le dépôt est nécessaire.

SECTION II.

Du dépôt volontaire.

232. — Du consentement, art. 1921, lequel doit en principe émaner du propriétaire, art. 1922.
233. — Questions de preuve, art. 1923.
234. — Suite; déclaration du dépositaire; quand il y a lieu de s'y référer, art. 1924.
235. — Suite, preuve du dépôt devant la juridiction répressive.
236. — Règles de capacité, art. 1925 et 1926.

232. Comme tout espèce de contrat,

ART. 1921. Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit (*).

On prétend que cette remarque inutile a pour but de bien montrer la différence qui existe entre le dépôt volontaire et le dépôt qui est rendu nécessaire par quelque accident. Mais c'est à la doctrine qu'il appartient de caractériser ces différences et non au législateur, qui doit seulement formuler des préceptes. Il semblerait même résulter des termes de l'art. 1921, par l'argument *à contrario* qu'ils autorisent en la forme, que le dépôt nécessaire n'exige pas le consentement réciproque des parties, alors qu'il en est du dépôt nécessaire comme du dépôt volontaire.

ART. 1922. Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite.

Il suit de là que le dépôt de la chose d'autrui n'est pas nul. Il peut être fait par celui qui possède ou qui détient simple-

(*) Art. 1921. — L. 1 § 5, D. 16, 3, *Depositi*.

ment une chose dont il n'a pas la propriété, par un usufruitier, un créancier gagiste, un locataire, et aussi par le dépositaire lui-même entre les mains d'un autre dépositaire.

Si le dépôt a été fait sans le consentement du propriétaire, celui-ci pourra revendiquer sa chose sans que le défendeur puisse lui opposer l'art. 2279, soit de son chef, soit du chef de celui de qui il tient la chose déposée. Le défendeur devra donc restituer la chose au revendiquant, sauf à régler avec lui la question des indemnités pour impenses faites, et il sera ainsi libéré envers le déposant (1).

Le dépôt peut être fait par plusieurs personnes co-propriétaires d'un même objet. Dans ce cas les divers déposants ne seront pas solidaires, sauf clause spéciale de solidarité. Il peut aussi, ce qui est plus rare, être confié à plusieurs personnes. Il n'y aura pas, non plus, solidarité légale entre les co-dépositaires, et la circonstance que l'un d'entre eux aura eu la garde matérielle de la chose déposée, n'exclut pas la qualité de dépositaire chez les autres (2).

233. En ce qui concerne la preuve du contrat, on applique purement et simplement le principe de l'art. 1341 :

ART. 1923. Le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit. La preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant cent cinquante francs.

Mais, conformément d'ailleurs au droit commun, la preuve testimoniale sera reçue, même au-dessus de 150 francs, avec un commencement de preuve par écrit, où si le déposant a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale (3), ou encore s'il lui a été impossible de se procurer une preuve écrite du dépôt (4).

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 82; ARNTZ, t. IV, n° 1398; GUILLOUARD, n° 31; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 854.

(2) Bruxelles, 13 fév. 1863, *Pas.*, 63, 2, 275.

(3) Angers, 1er juill. 1850, D. 51, 2, 134; Trib. Termonde, 28 mars 1879, *Pas.*, 79, 3, 248.

(4) Cass. 5 janv. 1883, D. 83, 1, 367.

L'aveu et le serment seront pareillement admis comme moyen de preuve (1); il faut en dire autant de l'interrogatoire sur faits et articles (2).

Quand il s'agit du dépôt d'une somme d'argent, l'écrit exigé par la loi doit être rédigé conformément aux prescriptions de l'art. 1326. Sans doute, les pièces d'argent ont été déposées comme corps certain, et, théoriquement, le dépositaire doit les restituer dans leur identité. Mais cela n'empêche pas que son obligation a pour objet une somme d'argent (3).

S'il s'agit du dépôt d'une cassette ou coffre fermé, ou d'une enveloppe cachetée, il suffit de la preuve écrite du dépôt tel qu'il a été effectué (4).

Le contrat de dépôt étant unilatéral, l'art. 1325 relatif à la formalité du double exemplaire ne lui est pas applicable.

En matière commerciale, certaines précisions sont nécessaires. Le dépôt commercial pourra toujours, en principe, être prouvé par témoins. C'est ce qui aura lieu notamment pour le dépôt de marchandises qui, d'ailleurs, se confond presque toujours avec le contrat de commission, lequel n'est pas soumis à la rédaction d'un écrit.

On a soutenu que le dépôt d'espèces, billets de banque, titres ou autres valeurs, effectué par un non-commerçant devrait être considéré comme ayant un caractère commercial; cela ne nous paraît pas exact, par suite de considérations analogues à celles que nous avons fait valoir plus haut touchant le prêt commercial (*Suprà* n° 275). Par conséquent, le non-commerçant qui aura déposé chez un banquier, avant la

(1) Aix, 18 fév. 1832, S. 33, 2, 317.

(2) Dijon, 12 mai 1876, D. 77, 2, 129; LAURENT, t. XXVII, n° 92; GUILLOUARD, n° 40; *Contrà*, PONT, n°s 406, 411.

(3) DUVERGIER, n°s 420-421; PONT, n° 412; LAURENT, t. XIX, n° 246; GUILLOUARD, n° 14; Comp. LAURENT, t. XXVII, n° 90.

(4) Assises Brabant, 10 mars 1874, *Pas.*, 74, 2, 270.

faillite de ce dernier, des billets de banque ou autres valeurs renfermés dans une enveloppe portant l'indication de leur nombre et la mention qu'ils appartiennent au déposant, ne sera pas admis à les revendiquer, quand ils seront trouvés lors de l'inventaire dans le coffre-fort du failli, s'il ne prouve par un écrit ou récépissé mentionnant les numéros des titres et billets le fait même du dépôt. En l'absence d'un écrit, les valeurs dont il s'agit resteront confondues avec les autres valeurs composant la masse, et auront perdu le caractère d'identité exigé par l'art. 1932 ci-après expliqué.

En pareille hypothèse, le déposant ne pourrait pas déférer le serment au failli, ni chercher à provoquer un aveu de sa part (1). C'est une conséquence de dessaisissement dont se trouve frappé le failli à partir de la déclaration de faillite. L'aveu ne peut émaner que d'une personne capable de disposer de la chose ou du droit qui fait l'objet de l'aveu (Voy. t. VIII, n° 349).

234. L'aveu en toute matière, civile ou commerciale, pourra au contraire être toujours provoqué de la part d'un dépositaire, maître de ses droits.

C'est là une règle générale :

ART. 1924. Lorsque le dépôt, étant au-dessus de cent cinquante francs, n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire, en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution.

Ce texte, singulièrement redigé, n'est en réalité qu'une application de la règle qui met le fardeau de la preuve à la charge du demandeur. Si le prétendu déposant ne peut produire aucune preuve à l'appui de sa demande, il est certain qu'il devra succomber devant les déclarations contraires de son adversaire. Celui-ci n'a même rien à dire. Mais la loi suppose que le demandeur interpelle directement

(1) Trib. comm. Bruxelles, 21 mai 1866, *B. J.*, 66, 1455.

celui qu'il a assigné comme dépositaire; par la force des choses il faudra s'en tenir aux déclarations ou aveux faits par celui-ci, soit en ce qui touche le fait même du dépôt et l'identité de la chose déposée, soit en ce qui touche le fait des restitutions alléguées. Par conséquent, si le dépositaire reconnaît l'existence du dépôt, mais déclare en même temps qu'il a restitué, son aveu sera indivisible. C'est précisément ce que veut dire le texte (1).

L'art. 1924 n'a donc pas pour but de créer, comme on l'a soutenu (2), une sorte de *déclaration* spéciale au dépôt et qui, une fois faite par le défendeur, enlèverait au demandeur tout autre moyen de preuve. Celui-ci pourra faire interroger le défendeur sur faits et articles; il pourra aussi lui déférer le serment. Le défendeur devra prêter le serment ou le référer au déposant. Si le déposant refuse à son tour de le prêter, l'art. 1924, par la force des choses, recevra son application (3).

Ce texte n'a en vue que les rapports entre le déposant et le dépositaire; il est étranger aux contestations qui s'élèveraient entre les déposants, s'il y en a plusieurs, ou entre le dépositaire et des tiers (4). Par conséquent, toute déclaration du dépositaire n'ayant pas pour objet le fait même du dépôt, la nature de la chose déposée ou la restitution de cette chose est sans valeur et ne peut nuire ni profiter aux intérêts des tiers (5).

235. Les règles ci-dessus concernant la preuve du dépôt devront être appliquées devant la juridiction répressive, en

(1) Cass. belge, 14 mai 1864, *Pas.*, 64, 1, 406.
(2) PONT, nos 406-411.
(3) LAURENT, t. XXVII, n° 92; ARNTZ, t. IV, n° 1400; GUILLOUARD, n° 41; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 855.
(4) Cass. 15 juill. 1878, D. 79, 1, 179; AUBRY et RAU, § 402, texte et note 10; LAURENT, t. XXVII, nos 93-94; GUILLOUARD, n° 42.
(5) Trib. Nivelles, 29 fév. 1888, *Cl. et B.*, 88, 578.

cas de poursuites pour violation de dépôt (1). Nous savons, en effet, que lorsque la preuve d'un délit est subordonnée à l'existence d'un contrat, ce contrat doit toujours être prouvé conformément aux règles établies par le Code civil (Voy. t. VIII, n° 280). Quand cette preuve a été régulièrement administrée, le fait tout différent de la violation même du dépôt pourra être prouvé par témoins. S'il s'agissait, par exemple, du dépôt prouvé par écrit, d'une cassette fermée ou d'une enveloppe cachetée, la preuve par écrit des choses contenues dans cette cassette ou cette enveloppe ne serait pas nécessaire pour qu'on puisse prouver par témoins la violation du dépôt (2).

236. Nous avons déjà vu que, d'après l'art. 1922, le dépôt ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée. La qualité de propriétaire ne se réfère pas à la capacité du déposant; elle constitue seulement une condition requise pour la réalisation du contrat envisagé.

Cette condition étant supposée remplie chez le déposant, le contrat pourra être conclu sans que les parties aient besoin d'avoir d'autre capacité que celle qui est requise pour les actes d'administration, car le fait de donner une chose en dépôt rentre dans la catégorie des actes de cette nature. Elles devront, d'ailleurs, avoir la capacité générale requise dans les contrats.

ART. 1925. Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter. — Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable dépositaire; elle peut être poursuivie par le tuteur ou administrateur de la personne qui a fait le dépôt.

C'est une application de l'art. 1125; la nullité de l'opération est purement relative, et l'incapable seul pourra s'en

(1) Cass. 12 août 1848, S. 49, 1, 298; Angers, 1er juill. 1850, S. 50, 2, 476; DUVERGIER, n° 417; PONT, t. I, n° 404; LAURENT, t. XXVII, n° 88; GUILLOUARD, n° 45.

(2) Assises Brabant, 10 mars 1874, *Pas.*, 74, 2, 270.

prévaloir, s'il y a intérêt, soit par lui-même si son incapacité a cessé, soit par son représentant légal.

L'hypothèse d'un dépôt fait par une personne incapable entre les mains d'une personne capable n'est pas de nature à se présenter souvent.

L'hypothèse inverse sera encore plus rare, mais elle n'est pas impossible :

ART. 1926. Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier.

La personne incapable qui a reçu le dépôt aura intérêt à demander la nullité du contrat pour se soustraire à la responsabilité qui pèse sur tout dépositaire. Si la nullité est prononcée, le déposant pourra alors demander la restitution de la chose dans les termes de l'art. 1926, ou exercer l'action *de in rem verso*.

Si l'incapable n'a pas profité de la chose déposée, s'il l'a détruite ou consommée sans utilité, il échappera à toute réclamation, à moins qu'il n'ait été *doli capax* (1).

Les art. 1925 et 1926 étaient nécessaires dans un Code; mais, en fait, ils n'ont qu'une importance théorique; la pratique ignore les difficultés qu'ils ont pour but de résoudre.

SECTION III.

Des obligations du dépositaire.

237. — Le dépositaire est tenu de sa faute légère *in concreto*, art. 1927.

238. — Cas dans lesquels il est tenu de la même faute *in abstracto*, art. 1928.

239. — Accidents de force majeure, art. 1929.

(1) Voy. sur tous ces points : AUBRY et RAU, § 402, texte et note 2; LAURENT, t. XXVII, nos 83-85; ARNTZ, t. IV, n° 1399; GUILLOUARD, nos 31-37; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 858.

240. — Le dépositaire ne peut user de la chose déposée, art. 1930.
241. — Secret du dépôt; quand il doit être respecté, art. 1931; comment doit se faire la restitution, art. 1932 à 1934.
242. — Cas où l'héritier du dépositaire a disposé de la chose, article 1935.
243. — Restitution des fruits, art. 1936.
244. — A qui le dépôt doit être restitué, art. 1937.
245. — Suite; *Quid* si le déposant a désigné un tiers pour recevoir la chose après sa mort.
246. — Cas où il a été déposé une chose volée, art. 1938.
247. — Restitution à l'héritier ou aux héritiers du déposant, art. 1939; décès du dépositaire.
248. — Changement d'état du déposant, art. 1940, ou du dépositaire, art. 1941.
249. — Lieu où doit être effectuée la restitution, art. 1942, 1943.
250. — Epoque de la restitution, art. 1944; violation du dépôt, art. 1945; cas où le dépositaire était propriétaire, art. 1946.

237. Le dépositaire est obligé de restituer la chose à la première réquisition du déposant (art. 1993 à 1946). En attendant il est obligé de la garder :

ART. 1927. Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (*).

Cela revient à dire que, par dérogation à la règle générale, il est seulement tenu de la faute légère *in concreto*. On prétend quelquefois justifier cette solution par cette considération que le dépositaire rend au déposant un service purement gratuit; celà est inexact, car bien souvent celui qui est tenu de sa faute légère *in abstracto*, conformément à la règle générale, n'est pas devenu débiteur à suite d'une opération à titre onéreux. La vérité est que le dépositaire n'a rien promis; il a consenti seulement à ce que la chose déposée fût mise au milieu des siennes : on a donc attendu de lui les mêmes soins qu'il donnait aux siennes, *et rien de plus* (Voy. t. VII, n° 94). Rien de plus, disons-nous, mais aussi rien de moins. Par conséquent, si le dépositaire est

(*) Art. 1927. — L. 20, 32, D. 16. 3, *Depositi*.

un homme extrêmement soigneux pour ses propres affaires, plus attentif même que le type abstrait du bon père de famille, il devra, à peine d'engager sa responsabilité, apporter à la garde de la chose déposée les soins exceptionnels qu'il apporte à la garde des siennes propres. S'il agissait autrement il tromperait les espérances du déposant qui l'a choisi précisément à cause de sa diligence exceptionnelle (1).

Dans tous les cas, le dépositaire n'est tenu, pour rendre efficace la garde des objets déposés, que d'employer les moyens usuels ordinaires. Ainsi il a été jugé avec raison, et il est même singulier que la question ait été portée devant les tribunaux, que le dépositaire de barriques de vin n'est pas obligé de traiter préventivement ces vins par la méthode de la *pasteurisation*, qui n'est pas encore d'un usage courant dans la contrée (2). C'est ce qu'il faudrait encore décider alors même que le dépositaire aurait pris l'habitude de traiter ainsi son propre vin. Il s'agit, en effet, d'une méthode nouvelle, qui est encore dans la période expérimentale; or le dépositaire peut bien faire sur son vin toutes sortes d'expériences, mais il doit s'abstenir d'en essayer sur un vin déposé.

En vertu du même aperçu, le dépositaire n'est pas tenu de faire assurer les choses déposées, alors même qu'il fait assurer celles qui lui appartiennent.

En ce qui concerne *la garde* de la chose dont le dépositaire se trouve tenu, il convient de remarquer que les parties ont envisagé le mode de surveillance adopté par le dépositaire pour les choses de même nature. C'est en ce sens que le dépositaire est obligé de garder *par lui-même* la chose à lui confiée. Le dépositaire qui confie la chose à un tiers

(1) DUVERGIER, n° 427; PONT, t. I, n° 426; LAURENT, t. XXVII, n° 96; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 139 *bis* II; GUILLOUARD, n° 48; Comp. POTHIER, *Contrat de dépôt*, n° 27.

(2) Bordeaux, 21 janv. 1888, D. 89, 2, 11.

infidèle sans nécessité et sans le consentement du déposant devient responsable de la perte ou de la détérioration de la chose survenue par le fait de ce tiers (1).

Le dépositaire choisi par le déposant n'a donc pas le droit de se substituer un second dépositaire. Il a été jugé, dans une hypothèse où ce fait s'était produit, que le déposant pouvait agir en restitution contre son dépositaire direct et contre l'autre, et en cas de non-restitution obtenir contre eux une condamnation solidaire aux dommages-intérêts (2). Il ne saurait être question de la solidarité passive proprement dite. Il n'y a pas, en effet, deux co-débiteurs de la même chose; chacun la doit à un titre différent. Le déposant agit contre son dépositaire par l'action *depositi* et contre le second dépositaire soit par l'action en revendication, soit en vertu de l'art. 1166, par l'action *depositi* appartenant à son propre dépositaire. C'est un cas d'obligation *in solidum*.

238. La règle générale d'après laquelle le débiteur est tenu de la faute légère *in abstracto* reprend son empire dans les cas prévus par le texte suivant (3) :

ART. 1928. La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur : 1° Si le déposant s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt; 2° S'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt; 3° Si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire; 4° S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute (*).

Nous devons d'abord remarquer que le second paragraphe du texte relatif au cas où un salaire a été stipulé par le prétendu dépositaire ne doit pas être considéré comme une modification de l'art. 1927, car, dans l'hypothèse envisagée, le contrat n'est plus un dépôt, mais un louage de services.

(*) Art. 1928. — L. 1 § 6, 8, 35, D. 16, 3, *Depositi*.

(1) Cass. 6 nov. 1874, S. 75, 1, 272; ARNTZ, t. IV, n° 1402; GUILLOUARD, n° 49.

(2) Gand, 30 juill. 1891, *B. J.*, 91, 1493.

(3) PONT, t. I, n° 435; LAURENT, t. XXVII, n° 99; GUILLOUARD, n° 52; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 858.

Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il y ait eu stipulation d'un véritable salaire. Quelques présents donnés au dépositaire ne suffiraient point pour enlever au contrat son caractère de gratuité (Voy. *suprà*, n° 231).

Ce point étant établi, voyons ce que vaut la première solution relative à l'hypothèse où le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt. Théoriquement la solution du texte est parfaitement justifiée, car en offrant de recevoir le dépôt, le dépositaire a peut-être empêché le déposant de s'adresser à d'autres qui auraient mieux exécuté le contrat. Mais, en fait, cela ne se voit jamais, et il serait d'ailleurs souvent difficile de distinguer une offre véritable, dans le sens de la loi, d'une simple formule de politesse.

On a cru trouver un exemple de l'offre prévue par le texte, dans le cas où une ville, un comité, etc., organise une exposition. La personne qui organise une exposition a, dit-on, vis-à-vis des exposants, le rôle de dépositaire, et comme c'est elle qui a provoqué l'envoi de leurs œuvres ou de leurs produits, on devra lui appliquer l'art. 1928 (1). Cela n'est pas exact; les parties n'ont jamais voulu faire un contrat de dépôt; il y a eu de la part des exposants prêt à usage, *ad ostentationem;* ce sont les art. 1880 et suivants qui doivent être appliqués. Le résultat sera le même puisque le débiteur demeure toujours tenu de la faute légère *in abstracto;* mais il n'est pas indifférent de motiver la solution par les vrais principes juridiques qui doivent la déterminer.

On a encore voulu voir un dépositaire s'offrant lui-même pour recevoir le dépôt, dans l'hypothèse où le prétendu dépositaire « s'indique comme tel au public d'un manière générale *à raison de ses fonctions,* tel serait le notaire lorsqu'il s'agit de la remise à lui faite de titres qu'on est dans l'usage de lui

(1) Trib. Caen, 19 janv. 1886, D. *Suppl.* v° *Dépôt*, n° 25; Conf. GUILLOUARD, n° 53.

confier, testaments, etc., tel est aussi le banquier pour les valeurs financières qu'il déclare, dans ses prospectus, recevoir en dépôt (1) ». Mais dans toutes ces hypothèses, il s'agit d'un louage de services, car les banquiers et notaires n'ont pas pour *fonction* de recevoir des dépôts gratuits.

Enfin, nous ferons la même observation pour la remise effectuée par les voyageurs, dans la salle des bagages du chemin de fer, des colis, qu'ils ont déposés pour aller prendre leur billet au guichet, et revenir ensuite les faire enregistrer. Un arrêt a fort bien jugé que la prise en charge par la Compagnie des colis dont il s'agit, commence aussitôt qu'elle en reçoit le dépôt (2). Mais il ne s'agit pas du contrat de dépôt proprement dit; il s'agit d'un fait qui se lie d'une manière indivisible au contrat de transport, et qui donne lieu à une surveillance rétribuée par le prix du billet et de l'enregistrement (3).

La responsabilité du dépositaire sera encore appréciée plus rigoureusement, d'après l'art. 1928, si le dépôt a été fait *uniquement pour l'intérêt du dépositaire*. Mais alors, il n'est plus vrai de dire que le dépositaire rend un service gratuit. Il s'agit d'ailleurs d'une hypothèse d'école qui ne correspond à rien de réel (4). Nous en dirons autant du cas où le dépôt serait fait dans l'intérêt du déposant et du dépositaire (5).

Il peut encore être convenu que le dépositaire répondra de toute espèce de faute, et même des cas fortuits ou de force majeure.

239. En dehors de cette dernière hypothèse :

(1) Paris, 13 janv. 1891, *France judic.*, 91, 17; GUILLOUARD, n° 53.

(2) Aix, 11 mars 1871, D. 73, 5, 104; Trib. comm. Strasbourg, 11 déc. 1868, D. 69, 3, 69.

(3) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 54.

(4) Voy. L. 4, D. 12, 1, *De rebus cred.*; Comp. DURANTON, t. XVIII, p. 34 4°; DUVERGIER, n° 436; LAURENT, t. XXVIII, n° 98; GUILLOUARD, n° 56.

(5) DUVERGIER, n° 439; GUILLOUARD, n° 57.

ART. 1929. Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée (*).

Le dépositaire mis en demeure de restituer serait admis à prouver que la chose eût péri chez le déposant, en supposant qu'elle lui eût été rendue (1) (arg. art. 1402, § 2). C'est d'ailleurs à lui à prouver le cas fortuit qu'il allègue, et cette preuve pourra se faire par témoins et par conséquent par présomptions.

Le dépositaire n'est point obligé de sacrifier sa propre chose pour sauver celle du déposant; l'art. 1882 relatif à l'emprunteur ne saurait être appliqué au dépositaire. Cela n'a pas besoin d'être démontré (2). On a cependant soutenu que si la chose déposée était d'une valeur bien plus élevée que celle du dépositaire, celui-ci aurait dû sauver la première parce qu'il aurait ainsi agi si les deux choses lui avaient appartenu, sauf, en ce cas, à demander au déposant la valeur de sa propre chose qu'il aurait sacrifiée (3). Cette opinion doit être repoussée, car elle n'est pas justifiée par les textes. D'ailleurs si les deux choses avaient appartenu au dépositaire celui-ci aurait essayé de sauver celle à laquelle il tenait le plus, sans tenir compte de leur valeur comparée.

240. Si la chose déposée venait à périr pendant que le dépositaire l'emploie à son usage, celui-ci serait en faute, et par conséquent responsable;

En effet :

ART. 1930. Il ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant (**).

(*) Art. 1929. — L. 20, D. 16, 3, *Depositi.*

(**) Art. 1930. — L. 25 § 1, L. 29, D. 16, 3, *Depositi.*

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 100; ARNTZ, t. IV, n° 1405; GUILLOUARD, n° 61.

(2) DUVERGIER, n° 428; LAURENT, t. XXVII, n° 97; GUILLOUARD, n° 63.

(3) POTHIER, *Du dépôt*, n° 29; DURANTON, t. XVIII, n° 38; PONT, t. I, n° 427; ARNTZ, t. IV, n° 1403.

Il s'agit d'une permission qui laisse subsister le contrat de dépôt. Il est certain, par exemple, que les choses se consommant par l'usage ne peuvent être présumées avoir été déposées avec l'autorisation, pour le dépositaire, d'en faire usage. Une telle autorisation faisant disparaître le dépôt et le remplaçant par le contrat de prêt, ne peut être que formelle.

Il faut en dire autant des meubles qui se détériorent quand on s'en sert.

Pour les meubles qui ne se détériorent pas par l'usage, l'autorisation de s'en servir peut résulter, par voie de présomption, de leur nature, comme lorsqu'il s'agit d'une bibliothèque, d'un cheval de selle, d'un chien de chasse. Cette autorisation présumée ne peut aller au-delà d'un usage personnel; le dépositaire ne pourrait pas donner en location à un tiers les objets dont il s'agit.

Pour que l'autorisation soit présumée, disait Pothier, il ne suffit pas que le dépositaire, pour se flatter, se persuade que celui qui lui a confié le dépôt aurait consenti à l'usage qu'il fait des choses déposées, s'il lui en eût demandé la permission. Il faut qu'il ait un juste sujet de croire qu'il la lui aurait accordée, comme si la chose qu'il lui a donnée à garder est une chose qu'il lui avait prêtée auparavant plusieurs fois, et toutes les fois qu'il la lui avait demandée à emprunter (1). L'espèce est favorable, mais la casuistique ne peut pas aller jusqu'à remplacer l'autorisation certaine, quoique présumée, exigée par le Code, avec une autorisation simplement probable, si elle est demandée.

Le dépositaire infidèle sera tenu de réparer le dommage causé au déposant, sans préjudice des peines portées par l'art. 408, C. pén., qui fait rentrer sous certaines conditions, la violation du dépôt, parmi les cas d'abus de confiance.

(1) *Du dépôt*, n° 36; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 859.

241. Il est une autre règle de délicatesse que le dépositaire doit observer :

ART. 1931. Il ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée.

et généralement lorsque celui qui les lui a données en dépôt a voulu les tenir cachées (1).

Si le dépositaire viole cette règle, il pourra être condamné à des dommages (2).

Il faut, en outre, observer que si le dépositaire force le coffre qui lui a été confié, ou décachette l'enveloppe, il se mettra souvent dans l'impossibilité de restituer la chose telle qu'il l'a reçue.

Or,

ART. 1932. Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. — Ainsi, le dépôt des sommes monnayées, doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur (*).

Dans le cas d'un dépôt *irrégulier*, il pourra rendre des choses équivalentes.

Il doit, d'ailleurs, être traité comme tout débiteur d'un corps certain et déterminé.

Donc,

ART. 1933. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait sont à la charge du déposant.

Il suit de là que, lorsque pour un motif quelconque le dépositaire ne peut représenter la chose déposée, il ne doit être condamné qu'à la valeur qu'avait cette chose au moment de la sommation de restituer, si les dégradations antérieurement subies se fussent également produites entre les mains du

(*) Art. 1932. — L. 17 § 1, D. 16, 3, *Depositi*.

(1) POTHIER, *Contrat de dépôt*, n° 38; LAURENT, t. XXVII, n° 104; GUILLOUARD, n° 67; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 860.

(2) Cass. 17 fév. 1879, S. 80, 1, 449; Bordeaux, 22 mars 1886, D. 87, 2, 66.

déposant. Ainsi, quand un agent de change a reçu en dépôt des actions qu'il ne représente pas, il ne doit pas la valeur qu'avaient ces actions à la date du dépôt, mais celle qu'elles avaient au jour de la réclamation, quand leur dépréciation à cette époque provient de fluctuations de bourse indépendantes de sa volonté (1). Le contraire n'a pu être jugé que par erreur (2). En vertu du même motif, il devra la plus-value si ces actions avaient augmenté de valeur dans les mêmes conditions. Il ne s'agit ici ni de *maximum* ni de *minimum* de valeur (3), mais seulement d'une restitution devant être effectuée *in specie*.

Il suit encore du même aperçu, que :

ART. 1934. Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure, et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange (*).

C'est ce qui aura lieu, par exemple, si la chose déposée a été enlevée au dépositaire par l'effet de réquisitions émanées de l'autorité compétente.

Si le dépositaire, qui n'y est pas obligé, avait fait assurer la chose déposée, il faudrait le considérer comme ayant agi en qualité de *negotiorum gestor* du déposant, et ce dernier aurait droit à l'indemnité, telle quelle, résultant de l'assurance; il y aurait droit comme cessionnaire nécessaire du dépositaire, si ce dernier avait fait assurer la chose en son nom personnel (4).

242. Le dépositaire ne peut pas disposer de la chose déposée; son héritier tenu de ses obligations ne le peut pas davantage.

Néanmoins,

(*) Art. 1934. — L. 1 § 21, D. 16, 3, *Depositi*.
(1) Trib. Bruxelles, 3 nov. 1869, *B. J.*, 70, 1308.
(2) Voy. Aix, 1er déc. 1870, S. 70, 2, 109.
(3) Comp. GUILLOUARD, n° 78.
(4) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 861; *Contrà*, Cass. 2 juin 1836, D. 87, 1, 30.

ART. 1935. L'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix (*).

Dans ce dernier cas, il est élémentaire que le déposant ne peut exercer qu'en qualité de cessionnaire l'action appartenant au dépositaire vendeur; l'action née de la vente ne peut, en effet, appartenir qu'au vendeur, et non au propriétaire qui est demeuré étranger à la vente (1).

Quelques auteurs pensent que le déposant qui a établi sa qualité de propriétaire a de plein droit l'action en paiement contre l'acheteur. « Sans doute, dit-on, celui-ci ne doit rien au propriétaire des objets vendus, tant qu'il ne le connaît pas; mais lorsqu'il est établi, par exemple par un jugement rendu entre l'héritier du dépositaire et le déposant, que celui-ci est propriétaire des choses vendues, il pourrait les revendiquer contre l'acheteur, si ce dernier n'était pas protégé par l'exception de l'art. 2279; au moins peut-il, *à défaut de la chose elle-même*, demander à l'acheteur le paiement de cette chose. Quant à l'héritier du dépositaire il n'a rien à céder à propos d'une chose sur laquelle, comme le jugement l'établit, il n'a jamais eu de droits (2). » Mais il ne s'agit pas de céder quoi que ce soit *à propos d'une chose*, il s'agit de céder une action dérivant d'un certain contrat, et il est antijuridique au premier chef d'attribuer cette action, *sans une cession*, à un tiers étranger à ce contrat.

Du reste, dans cette opinion, on ne paraît pas apercevoir le véritable intérêt soulevé par la difficulté examinée. Il ne s'agit pas principalement de savoir si les formalités ordinaires de la cession devront être observées entre l'héritier du dépositaire et le déposant. Nous sommes ici en présence d'une

(*) Art. 1935. — L. 1 § 4, L. 2, 3, 4, D. 16, 3, *Depositi*.

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 109; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, *loc. cit.*

(2) GUILLOUARD, n° 71; Conf. DUVERGIER, n° 461; PONT, t. I, n° 462.

cession *nécessaire*, ordonnée par la loi. Or la cession nécessaire voulue par la loi doit être réputée accomplie *ipso jure*. (Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 294.) Laurent se trompe en croyant que l'héritier doit réellement procéder aux formalités de la cession (1). Mais, et c'est là l'utilité de la discussion, le déposant ne pourra faire valoir l'action appartenant à l'héritier du dépositaire, que comme un droit cédé, ce qui est fort important au point de vue des exceptions qui pourront être opposées à cette action. (Voy. t. VIII, n° 186; t. X, n° 213.)

Si l'héritier a aliéné la chose à titre gratuit, la croyant sienne, une opinion soutient qu'il ne serait pas tenu, à moins d'avoir profité de la donation, comme dans le cas d'une constitution de dot au profit de ses enfants (2). Une autre opinion enseigne que l'héritier doit toujours être tenu, quand même il n'aurait pas tiré profit de la donation; par ce motif que s'il n'avait pas donné la chose déposée, il aurait fait la donation aux dépens de son propre patrimoine (3). Cela n'est pas décisif; l'héritier trouve un tableau qu'il ignore avoir été déposé entre les mains de son auteur; il en fait cadeau à un ami, amateur de peinture et collectionneur de tableaux. Il ne lui aurait certainement pas fait donation d'une autre valeur prise dans son patrimoine propre, si le tableau dont il s'agit ne s'était pas trouvé à sa disposition. La donation est donc entachée d'une erreur qui a porté sur la propriété de la chose. Qualité substantielle non susceptible de plus ni de moins (Voy. t. VII, n° 22; t. X, n° 65), le donateur a donc une action en nullité pour se faire restituer contre cette erreur (Voy. t. VI, n° 73); le déposant pourra donc exercer cette action du chef de l'héritier donateur.

(1) *Loc. cit.*

(2) PONT, t. I, n° 464; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 147 *bis* II; ARNTZ, t. IV, n° 1409.

(3) AUBRY et RAU, § 403, texte et note 6; GUILLOUARD, n° 72.

243. Les fruits produits par la chose déposée et perçus par le dépositaire doivent naturellement augmenter la consistance du dépôt à restituer.

ART. 1936. Si la chose déposée a produit des fruits qui aient été perçus par le dépositaire, il est obligé de les restituer. Il ne doit aucun intérêt de l'argent déposé, si ce n'est du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution (*).

La loi suppose dans ce dernier paragraphe que le dépositaire n'a pas violé le dépôt, et est simplement en retard pour en opérer la restitution.

Si le dépositaire avait violé le dépôt en se servant des deniers à lui confiés pour en tirer un profit personnel, il semble qu'il devrait être tenu de plein droit des intérêts du jour où il s'en est servi. C'est ce que décide une certaine opinion qui invoque surtout un argument d'analogie tiré des art. 1996 et 1846; on trouve même que l'analogie est *frappante* dans le cas de l'art. 1995, surtout quand le mandataire doit garder *pour ainsi dire* en dépôt les deniers qu'il a encaissés pour le mandant (1). C'est probablement une affaire d'impression, car pour nous l'analogie n'existe pas ou, du moins, elle est fort contestable (2). Dans tous les cas, il est certain que le législateur ne s'est pas arrêté à cette analogie. Par conséquent, dans le cas envisagé, le dépositaire ne devra pas les intérêts de plein droit, car les intérêts ne peuvent courir de plein droit qu'en vertu d'un texte de loi (3).

244. Voyons maintenant à qui le dépôt doit être restitué.

L'unique difficulté vient de ce que le dépôt peut avoir été effectué aussi bien par un non-propriétaire que par le propriétaire lui-même.

(*) Art. 1936. — L. 1 § 23, 24, L. 25 § 1, D. 16, 3, *Depositi*.

(1) GUILLOUARD, n° 74; Conf. AUBRY et RAU, § 403, texte et note 9; PONT, t. I, n° 469.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 861.

(3) DUVERGIER, n° 470; LAURENT, t. XXVII, n° 112, Comp. ARNTZ, t. IV, n° 1408.

En règle générale :

ART. 1937. Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée, qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir (*).

Ce dernier pourrait même être une personne indéterminée, par exemple le porteur d'un ticket lorsque le dépôt a été constaté par un ticket au porteur (1). S'il y a plusieurs déposants, la remise faite à l'un d'eux qui n'aurait pas le mandat des autres ne libérerait pas le dépositaire (2). Ce dernier qui aurait reconnu avoir remis la chose à un seul des déposants, et qui serait actionné par les autres en restitution, ne serait pas admis à revenir sur son aveu et à offrir valablement à tous les déposants, à la condition qu'ils soient présents, la chose déposée qu'il ne représenterait pas réellement. Loisel rapporte une historiette d'almanach de laquelle il résulterait que Saint-Yves, pour tirer un dépositaire d'embarras, aurait émis un avis contraire (3).

Le tiers chargé de retirer le dépôt représente le déposant pour la réception de l'objet dont la remise doit libérer le dépositaire. C'est donc un mandat que le déposant peut révoquer et qui se trouvera révoqué de droit par son décès (art. 2003). Le dépositaire ne serait donc pas libéré s'il opérait la restitution après avoir eu connaissance de la révocation du mandat.

245. Que faudra-t-il décider pour le cas où le déposant aura expressément déclaré que la chose déposée sera remise après sa mort à un tiers qu'il indique? Le dépositaire doit-il restituer le dépôt entre les mains des héritiers du déposant, ou doit-il encore le remettre entre les mains du tiers désigné par celui-ci?

(*) Art. 1937. — L. 1 § 44, L. 11, D. 16, 3, *Depositi*.

(1) Caen, 17 nov. 1875, S. 76, 2, 49.

(2) Voy. Bordeaux, 27 juill. 1880; DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Dépôt*, n° 37.

(3) Cité par GUILLOUARD, n° 95.

La solution ne saurait comporter aucune difficulté, et si elle a soulevé quelques controverses, c'est uniquement parce qu'on a voulu la compliquer par des considérations tirées de la théorie générale des donations, c'est-à-dire qu'on a oublié qu'il s'agissait d'appliquer une règle, celle de l'art. 1937 faite uniquement pour le contrat de dépôt et non pour un contrat d'une autre nature. Nous comprenons que l'on soutienne que le contrat de dépôt puisse ou ne puisse pas être valablement fait avec indication d'un tiers à qui la chose devra être restituée après la mort du déposant; mais ce qu'il est impossible de comprendre, c'est qu'on parle d'une distinction à établir entre le cas où le dépositaire a été le mandataire du déposant, ce qui est véritablement un cas de dépôt, et le cas où ce prétendu dépositaire a été le mandataire du tiers désigné pour recevoir la chose après la mort du prétendu déposant, ce qui n'est plus un cas de dépôt. Il est manifeste qu'une règle écrite seulement pour le dépôt ne peut pas être appliquée à autre chose.

Il faut donc supposer que le déposant n'a voulu faire rien autre chose qu'un dépôt, qu'il pourra retirer quand il voudra par lui-même ou par un tiers son mandataire. Seulement, prévoyant le cas où il n'aurait pas, de son vivant, opéré le retrait du dépôt, il déclare, par ignorance du droit, qu'après sa mort le dépôt sera restitué à un tiers.

Il ne saurait, dans ce cas, y avoir un doute sérieux; le mandat *post mortem mandantis* est nul en droit français, et, par application de l'art. 1939, c'est à l'héritier du déposant, et non au tiers désigné, que l'objet déposé doit être remis (1).

Cette solution n'est sérieusement contestée par personne.

Cependant, quelques auteurs ont cru soutenir le contraire, en examinant une question toute différente.

(1) Paris, 20 nov. 1888, *Pand. franç.*, 89, 2, 139; DUVERGIER, n° 483; AUBRY et RAU, § 403, texte et note 13; LAURENT, t. XXVII, n° 118.

« Assurément, dit Paul Pont, le déposant aurait pu, sans que ni la doctrine ni la jurisprudence y trouvassent à redire, faire une donation sous la forme d'une vente ou de tout autre acte à titre onéreux. Pourquoi donc ne pourrait-il pas le faire (sous la forme d'un dépôt) en disant que la chose par lui déposée sera remise, après lui, au tiers qu'il veut gratifier? C'est pourquoi nous tenons qu'en principe, la remise faite en ce cas au tiers indiqué sera libératoire pour le dépositaire (1). »

Il était difficile d'imaginer une théorie plus inconsistante. Sans doute, on peut faire une libéralité sous la forme d'un contrat à titre onéreux; mais il faut que le contrat choisi se prête à un tel déguisement. Or, il n'en est pas ainsi du contrat de dépôt; il ne suffit pas, pour qu'il y ait dépôt, même apparent, de confier une chose à une personne, *en disant* que la chose prétendue déposée sera remise à un tiers après la mort de celui qui l'a livrée. Si l'*accipiens* l'a reçue pour le compte du tiers désigné au nom de qui il en a pris livraison, il y a eu don manuel immédiatement consommé d'une manière irrévocable, et le donateur ne pourra plus reprendre la chose entre les mains de celui à qui il l'a confiée. (Voy. t. VI, n° 186.) Il est vrai que la remise faite ensuite au tiers indiqué sera libératoire pour celui qu'on a le tort d'appeler dépositaire, mais libératoire vis-à-vis du tiers mandant, et non vis-à-vis du prétendu déposant à qui il n'est rien dû.

La question qu'il s'agissait de résoudre, celle de savoir si le déposant peut valablement donner mandat au dépositaire, de remettre, après sa mort, la chose déposée à un tiers, a donc disparu, ou plutôt s'est trouvée transformée en une question toute différente, celle de savoir si une certaine opération peut constituer un don manuel.

Denisart rattachait, en effet, l'examen de cette opération

(1) T. I, n° 482.

à la théorie des dons manuels : « Lorsque le défunt, disait-il, a remis manuellement une somme à un étranger, pour être employée au profit d'un tiers, et que l'emploi n'a pas été fait de son vivant, ses héritiers sont-ils fondés à réclamer la somme dont il n'a pas été fait emploi? Pour se décider sur cette question, ajoutait-il, il faut examiner si cette somme est encore au nombre des biens du défunt, ou si la propriété en a été transférée de son vivant (1). »

Cette distinction doit encore être faite aujourd'hui; mais c'est une erreur de croire qu'elle peut être transportée dans la matière du dépôt et de dire que, *dans le dépôt*, l'indication du tiers est valablement faite, si l'on peut considérer que le *dépositaire* a agi comme mandataire ou gérant d'affaires du tiers désigné, et qu'elle est nulle dans le cas contraire (2), car, dans le premier cas, il n'y a jamais eu dépôt même apparent, ni dépositaire.

Si donc il y a eu dépôt malgré la désignation d'un tiers, la chose devra être remise aux héritiers du déposant, et c'est l'unique hypothèse prévue par l'art. 1937 (3).

246. Nous avons vu que la loi admet la possibilité d'un dépôt effectué par un non-propriétaire. Le dépositaire, uniquement lié par le fait de la réception de la chose, doit donc la restituer à la première réquisition de celui de qui il l'a reçue ou à son représentant légal (4).

ART. 1938. Il ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée. — Néanmoins, s'il découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite, néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu (*).

(*) Art. 1938. — L. 31, D. 16, 3, *Depositi*.
(1) *Collect. de décis. nouv.*, v° *Donations entre vifs*, § 12, n° 11.
(2) Voy. GUILLOUARD, n°s 88 et 91.
(3) Cass. 1er avr. 1896, D. 96, 2, 581.
(4) Voy. Cass. 10 avr. 1888, *Pand. franç.*, 89, 1, 168.

Le dépositaire serait tenu de payer des dommages-intérêts, si sa négligence de faire au propriétaire la dénonciation voulue par la loi était pour celui-ci la cause d'un préjudice, ce qui aurait lieu si la destruction ou la perte partielle de la chose déposée anéantissait le droit de revendication du propriétaire.

Si le dépositaire est poursuivi en restitution, avant d'avoir dénoncé au propriétaire le vol qu'il a découvert, il peut se refuser à une restitution immédiate et demander un délai pour faire sa dénonciation. Si le propriétaire ne répond pas, le juge ne peut suspendre la restitution, à moins que les circonstances ne fassent reconnaître comme étant insuffisant le délai accordé pour la réclamation. Si le propriétaire agit directement contre le dépositaire et revendique sa chose, celui-ci doit appeler le déposant en cause, et ne peut se dessaisir du dépôt que sur jugement ou du consentement du déposant (1).

Les choses perdues peuvent être revendiquées comme les choses volées. Ce n'est pas cependant une raison suffisante pour que l'art. 1938 soit déclaré applicable au cas où une chose perdue a été donnée en dépôt (2). Cependant quelques auteurs soutiennent le contraire sous prétexte d'analogie; mais la question est précisément de savoir si le législateur qui a seulement parlé du cas de vol, a admis cette prétendue analogie.

Il peut arriver que la chose ait été détournée alors qu'elle était entre les mains non de son propriétaire, mais d'un simple détenteur, et qu'après le détournement elle ait été placée en dépôt, n'importe par qui, entre les mains d'un

(1) ARNTZ, t. IV, n° 1412.

(2) AUBRY et RAU, § 403, texte et note 15; PONT, t. I, n° 490; LAURENT, t. XXVII, n° 120; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 862; *Contrà*, DURANTON, t. XVIII, n° 58; DUVERGIER, n° 476; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 150 *bis* I; GUILLOUARD, n° 401.

tiers. Il faut admettre que celui qui en était seulement détenteur est recevable à demander à être réintégré dans la détention qu'il avait avant la perpétration du détournement, quel que soit le propriétaire des choses détournées, si aucune partie n'intervient pour en réclamer la propriété, quels que soient d'ailleurs les caractères et l'origine de sa détention (1).

Le principe d'après lequel il est interdit au dépositaire de rechercher la nature et l'importance du droit du déposant sur les objets à restituer, n'est pas seulement vrai quand l'objet déposé existe encore, mais même quand l'objet a disparu par le fait du dépositaire, et que la demande ne peut plus porter que sur le paiement de la valeur du dépôt (2).

247. Le dépositaire peut, au contraire, vérifier la qualité d'héritier du déposant prise par celui qui réclame la restitution du dépôt. Il pourrait même, s'il y avait doute sur cette qualité, exiger une décision judiciaire sans être tenu des dépens (3).

Car,

ART. 1939 § 1. En cas de mort naturelle ou civile de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier (*).

Ainsi que cela résulte des observations qui ont été faites plus haut (n° 341) ce texte concerne uniquement le cas où le déposant a indiqué un tiers pour recevoir le dépôt, et non celui où le dépôt a été fait au nom d'un tiers dont le déposant (ou le dépositaire) était le mandataire ou le gérant d'affaires (4).

Cette disposition doit d'ailleurs recevoir son application

(*) Art. 1939. — L. 1 § 36, L. 14, L. 31, D. 16, 3, *Depositi*.
(1) Cass. belge, 26 déc. 1886, *Pas.*, 86-87, 1, 37.]
(2) Bruxelles, 5 mai 1891, *Pas.*, 91, 2, 387.
(3) Cass. 11 juill. 1860, S. 60, 1, 971; Trib. Anvers, 26 juin 1885, *Pas.*, 85, 3, 305.
(4) Cass. 1er avr. 1896, D. 96, 1, 581.

quelle que soit la nature de la chose mobilière déposée, par exemple, à un billet au porteur placé entre les mains d'un dépositaire (1).

Quid, si le déposant a laissé plusieurs héritiers?

ART. 1939 § 2. S'il y a plusieurs héritiers, elle doit être rendue à chacun d'eux pour leur part et portion. — Si la chose déposée est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir.

Il s'agit d'un cas où la chose déposée n'est pas susceptible de division matérielle.

Si cette division matérielle ou partage est impossible, les héritiers devront s'entendre entre eux pour réclamer la chose et la recevoir en totalité.

S'ils ne peuvent s'accorder, le dépositaire fera des offres réelles sous la condition que tous acceptent les offres. Si les héritiers ne s'entendent pas, le dépositaire fera la consignation; après avoir fait valider les offres et la consignation, il sera déchargé.

Si le dépositaire décède laissant plusieurs héritiers, ceux-ci sont tous tenus de l'obligation de restituer. Cette obligation étant divisible, le déposant pourra poursuivre chacun d'eux pour sa part et portion. Mais il aura aussi action pour le tout contre celui des héritiers qui sera trouvé détenteur de la chose, sauf le recours de celui-ci contre ses co-héritiers (art. 1221; voy. t. VII, n° 353).

248. Celui qui a qualité pour réclamer et recevoir la chose déposée doit pouvoir donner au dépositaire une décharge valable.

Par conséquent :

ART. 1940. Si la personne qui a fait le dépôt, a changé d'état; par exemple, si la femme, libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari; si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction; dans tous ces cas et autres de même nature, le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des droits et des biens du déposant.

(1) Cass. 15 nov. 1893, D. 94, 1, 430.

A l'inverse,

ART. 1941. Si le dépôt a été fait par un tuteur, par un mari ou par un administrateur, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à la personne que ce tuteur, ce mari ou cet administrateur représentaient, si leur gestion ou leur administration est finie.

249. Les objets mobiliers, même quand ils ont été donnés en dépôt, ne peuvent être considérés comme ayant une assiette fixe. D'un autre côté le dépositaire s'est bien obligé à garder la chose déposée, mais non à la rapporter au déposant qui la réclame. C'est ce dernier qui doit se présenter au lieu où la restitution doit être effectuée.

Quel est ce lieu?

ART. 1942. Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant (*).

ART. 1943. Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt (**).

Le lieu du dépôt dont parle ce dernier article est celui où se trouve la chose au moment où la restitution doit en être faite, quand même elle se trouverait dans un lieu plus éloigné, par rapport au déposant, que celui où elle a été remise, pourvu que ce soit sans dol que la chose ait été transportée dans cet autre lieu (1).

250. Le déposant qui ne saurait, à aucun point de vue, être lié envers le dépositaire par le fait même du contrat, peut, quand bon lui semble, réclamer la restitution de la chose déposée.

ART. 1944. Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution : à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée (***).

(*) Art. 1942. — L. 12, D. 16, 3, *Depositi.*

(**) Art. 1943. — L. 12 § 1, D. 16, 3, *Depositi.*

(***) Art. 1944. — L. 1 § 45, D. 16, 3, *Depositi.*

(1) DUVERGIER, n° 488; PONT, t. I, n° 492; LAURENT, t. XXVII, n° 124; ARNTZ, t. IV, n° 1943; GUILLOUARD, n° 102; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 863.

Si la défense de restituer émane d'un créancier du déposant, l'opposition dont parle la loi est soumise aux règles de la saisie-arrêt, et les formalités prescrites par les art. 557 et suiv., C. pr. civ., seront observées. Si la défense émane d'un tiers se prétendant propriétaire des effets déposés, une simple opposition, traduite dans n'importe quelle forme, sera suffisante (1).

S'il n'y avait pas d'opposition et que le dépositaire fût seulement informé qu'un procès existait à propos de la propriété de la chose déposée, il ne saurait trouver, dans cette circonstance qui lui est étrangère, un motif plausible pour différer la restitution (2). A plus forte raison ne pourrait-il alléguer dans ce but qu'il existe un litige quelconque entre lui et l'un des héritiers du déposant (3).

Le dépositaire qui ne restitue pas la chose déposée sera donc passible de dommages-intérêts après une mise en demeure restée infructueuse (4). Néanmoins il ne sera pas nécessairement pour cela un dépositaire infidèle.

Autrefois le Code décidait que :

ART. 1945. Le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession.

Ce bénéfice avait pour effet d'affranchir de la contrainte par corps le débiteur malheureux et de bonne foi. La loi du 22 juillet 1867 ayant fait disparaître la contrainte par corps en matière civile, le texte ci-dessus est devenu sans application.

Quant à la violation du dépôt, elle est réprimée par l'art. 408, C. pén.

Le Code a ainsi indiqué en détail en quoi consistent les

(1) Bordeaux, 28 fév. 1849, S. 49, 2, 400; AUBRY et RAU, § 403, texte et note 16; LAURENT, t. XXVII, n° 122; GUILLOUARD, n° 104.

(2) *Contrà*, PONT, t. I, n° 504; Comp. Paris, 2 juill. 1830, D. *Répert.*, v° *Dépôt*, n° 82 3°.

(3) Cass. 2 mars. 1896, D. 96, 1, 121.

(4) *Ibid.*

obligations de celui qui a reçu un dépôt, et quelles sont les conséquences de l'inexécution de ces obligations. Les rédacteurs ont cru nécessaire de faire remarquer que :

ART. 1946. Toutes les obligations du dépositaire cessent, s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée (*).

SECTION IV.

Des obligations de la personne par laquelle le dépôt a été fait.

251. — Dépenses nécessaires que doit rembourser le déposant, art. 1947. *Quid* des autres dépenses?
252. — Droit de rétention du dépositaire, art. 1948.

251. Le déposant ne contracte, par l'effet direct du contrat, aucune obligation immédiate. Mais il peut être constitué débiteur par des événements ultérieurs se produisant pendant que le dépositaire a la garde de la chose.

En effet :

ART. 1947. La personne qui a fait le dépôt, est tenue de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées (**).

Le dépositaire, obligé à garder utilement la chose, est, par cela même, autorisé virtuellement par le contrat à faire les dépenses nécessaires pour la conservation de cette chose. Puisqu'il en fait l'avance, en vertu de l'assentiment implicite du déposant qui doit, en vertu de la même convention implicite, l'indemniser de toute perte subie, il a droit à l'intérêt des sommes par lui avancées du jour des dépenses constatées, sans qu'il ait besoin de former une demande en justice; et il n'est pas nécessaire d'invoquer, comme le font généralement les auteurs (1), un argument d'analogie

(*) Art. 1946. — L. 15, 31 § 1, D. 16, 3, *Depositi*.
(**) Art. 1947. — L. 8, 23, D. 16, 3, *Depositi*.
(1) GUILLOUARD, n° 110; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 860; Bruxelles, 10 août 1855, *Pas.*, 56, 2, 34; *Contrà*, PONT, t. I, n° 509; LAURENT, t. XXVII, n° 129.

avec le mandat (art. 2001) pour justifier cette solution.

Le texte limite formellement aux dépenses nécessaires l'obligation, pour le déposant, d'en effectuer le remboursement. Il n'est donc pas tenu de rembourser les dépenses utiles, même à concurrence de la plus-value qu'elles peuvent avoir procurée à la chose (1). On proteste au nom de l'équité en invoquant le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (2). Mais l'équité commande précisément le résultat contraire; les parties ont traité dans les conditions indiquées par l'art. 1947, c'est-à-dire que le déposant n'a entendu autoriser que les dépenses nécessaires, comment donc l'obliger à en supporter d'autres qu'il n'aurait pas faites? Il s'agit, par exemple, d'un tableau ancien; le dépositaire a été obligé, pour conserver le tableau, d'avancer des frais de rentoilage; il en obtiendra le remboursement. Mais on suppose qu'il est allé plus loin et qu'il a fait des dépenses utiles de restauration pour la peinture : il serait inique d'obliger le déposant à supporter ces frais qu'il n'aurait jamais consenti à faire. Quant à la plus-value que ces dernières dépenses peuvent avoir procurée à la chose, elle est indifférente pour le déposant, puisqu'elle n'apparaîtra jamais, la chose n'étant pas destinée à être vendue.

Quant aux dépenses voluptuaires, le dépositaire n'aura jamais que le *jus tollendi;* ainsi, dans l'espèce ci-dessus, il pourra retirer le cadre dont il a cru pouvoir orner le tableau.

Le dépositaire, ne devant subir aucune perte par l'effet du dépôt, devra être indemnisé du dommage éprouvé par suite des vices cachés de la chose, alors même que le déposant les eût ignorés.

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 128.

(2) DURANTON, t. XVIII, n° 73; DUVERGIER, n° 502; PONT, t. I, n° 508; ARNTZ, t. IV, n° 1417; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 866; GUILLOUARD, n° 212.

252. Le déposant doit être prêt à acquitter les indemnités ci-dessus indiquées lorsqu'il réclame sa chose,

Car :

ART. 1948. Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.

Il ne saurait être question de classer ce droit de rétention parmi les droits réels. Sans doute, il sera utile, pour écarter le déposant et les créanciers de ce dernier simplement chirographaires qui sont les ayants-cause du débiteur (1), mais non pour repousser les créanciers privilégiés qui sont investis d'un droit réel propre, sans qu'il y ait à distinguer si le droit réel de ces derniers est antérieur ou non au fait qui a donné lieu à la rétention (Voy. t. VII, n° 172). Quelques auteurs cependant considèrent le droit de rétention, qui n'est qu'un moyen légitime accordé au dépositaire de retarder la restitution du dépôt, comme engendrant à son profit un véritable droit réel dont ils ne mesurent pas toujours l'étendue (2). Ainsi, ils reconnaissent au dépositaire le droit de se faire autoriser par justice à vendre la chose retenue et à se payer sur le prix (3), ce qui est insoutenable. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point quand nous parlerons des privilèges.

Ajoutons enfin que le dépositaire, en tant seulement qu'il a fait des frais pour la conservation de la chose, peut invoquer le privilège de l'art. 2102 3°. Pour les autres indemnités auxquelles il peut prétendre, il ne peut user que du droit de retention.

Pour pouvoir exercer ce droit de rétention, il faut détenir une chose à titre de dépositaire, et non à un autre titre. Ainsi l'agent d'une compagnie d'assurances ayant droit à

(1) Voy. GUILLOUARD, nos 115 et 118; Comp. AUBRY et RAU, § 404, texte et note 6; PONT, t. I, n° 511; LAURENT, t. XXIX, n° 290.

(2) Voy. ARNTZ, t. IV, n° 1418; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 867.

(3) Voy. Cass. 10 déc. 1850, S. 51, 1, 243.

une indemnité, à raison de son brusque renvoi, ne saurait avoir la prétention de retenir les archives de la compagnie jusqu'au paiement de l'indemnité (1). De même un banquier chargé de centraliser les obligations anciennes d'une société, destinées à être échangées contre des obligations nouvelles à émettre, n'a pas le droit de rétention sur les titres dont il est détenteur, pour avoir paiement de la commission qui lui est due (2).

SECTION V.

Du dépôt nécessaire.

§ 1er. — Dépôt nécessaire en cas d'accident.

253. — Définition, art. 1949.
254. — Preuve du dépôt nécessaire, art. 1950, 1951.

253. Il arrive quelquefois que les circonstances placent une personne dans la nécessité de confier une chose au premier venu qui veut s'en charger. Le dépositaire, dans ce cas, n'a pas été choisi. C'est pour cela que le dépôt est appelé nécessaire. Pour qu'il y ait dépôt, c'est-à-dire obligation pour le dépositaire de garder la chose, il ne suffit pas que la chose ait été matériellement placée chez lui, sur son terrain, ou mise entre ses mains; il faut encore qu'il y ait eu, de la part de celui qui la reçoit, intention de s'en charger en qualité de dépositaire.

ART. 1949. Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage, ou autre événement imprévu (*).

Le dépôt est en quelque sorte forcé quand on l'envisage à l'égard du déposant. Mais il n'est jamais forcé à l'égard du dépositaire, car les particuliers ne sont pas investis du droit de réquisition.

(*) Art. 1949. — L. 1 § 1, 2, D. 16, 3, *Depositi.*
(1) Toulouse, 16 nov. 1887, D. 88, 2, 161.
(2) Paris, 13 avr. 1892, D. 93, 2. 228.

Le dépôt nécessaire est donc un contrat soumis en principe aux règles ordinaires de tous les contrats. Il est singulier qu'un point aussi évident ait été méconnu dans *l'exposé* même *des motifs* de notre titre : « Il ne s'agit plus ici, disait Réal, d'un contrat, mais plus exactement d'un *quasi-contrat* (1). » Cela nous montre le peu de valeur qu'ont souvent les déclarations faites au cours de la discussion du Code civil.

L'art. 1949 n'est pas limitatif quant aux événements qu'il indique comme pouvant donner lieu à un dépôt nécessaire. L'essentiel c'est que l'événement envisagé ait eu une action directe sur la personne du déposant, et ait en même temps menacé la chose déposée. De simples difficultés de transport ne sauraient avoir ce caractère.

254. Quand un événement du genre de ceux que prévoit l'art. 1950 se produit, il est manifeste qu'il n'a pas été au pouvoir de celui qui a fait le dépôt de s'en procurer une preuve par écrit (2).

En conséquence et par application de l'art. 1348,

ART. 1950. La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs.

ART. 1951. Le dépôt nécessaire est d'ailleurs régi par toutes les règles précédemment énoncées.

§ 2. — Du dépôt d'hôtellerie.

255. — Responsabilité des hôteliers et aubergistes, art. 1952.
256. — Extension que doit recevoir l'application du texte envisagé.
257. — Des hôtels garnis et établissements de bains.
258. — Des théâtres, cafés, tables d'hôte, bateaux-lavoirs. Locations de jouissance.
259. — Possibilité de juger en fait les difficultés ci-dessus indiquées.
260. — Comment et à quel moment se forme le dépôt dont il s'agit. Omnibus des hôtels.
261. — Responsabilité des hôteliers, spécialement en cas de vol, art. 1953.

(1) FENET, t. XIV, p. 507.

(2) Comp. cass. 2 août 1864, D. 64, 1, 373; Just. Paix Alger, 6 août 1887, *Pand. franç.*, 88, 2, 191.

262. — Etendue de la responsabilité des hôteliers.
263. — Limitation résultant de la loi du 18 avril 1889; portée de cette loi.
264. — Suite; la responsabilité contractuelle de l'hôtelier ne laisse pas de place pour l'application des art. 1382 à 1384.
265. — Limitation conventionnelle de la responsabilité de l'hôtelier; quand a-t-elle lieu?
266. — Vols à main armée et autres, art. 1954.
266 *bis*. — Objets laissés ou abandonnés par les voyageurs, L. 31 mars 1896.

255. Les rapports qui s'établissent entre les voyageurs et les hôteliers ou aubergistes sont régis, quant au principal, par les règles du contrat de louage. Quant à la convention accessoire relative aux objets que le voyageur apporte avec lui, elle ne se détache pas du contrat principal pour former un contrat spécial de dépôt. Néanmoins, dans l'intérêt de la sécurité des voyageurs, et, par conséquent, dans l'intérêt des hôteliers eux-mêmes, la loi l'assimile à un dépôt, et même à un dépôt nécessaire :

ART. 1952. Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire (*).

Il serait absurde, en effet, de supposer qu'un voyageur pourrait choisir pour la garde de ses effets une autre personne que l'hôtelier, ou exiger de lui un écrit établissant l'apport de ces mêmes effets. La preuve de cet apport se fera par témoins, même au-dessus de 150 francs.

D'un autre côté, l'hôtelier obligé comme dépositaire à une certaine surveillance de son personnel et de tous ceux qui pénètrent dans l'hôtellerie, est rémunéré de ces soins spéciaux par le prix que doit payer le voyageur pour son séjour et sa nourriture. L'hôtelier devra donc veiller à la conservation de la chose du voyageur comme un bon père de famille.

(*) Art. 1952. — L. 1 pr. § 1, 2; L. 3 § 1, L. 5, D. 4, 9, *Nautæ caupones*.

Il est tenu de la faute légère *in abstracto*, sans pouvoir, comme le dépositaire ordinaire, se prévaloir de la disposition de l'art. 1927. Les juges, du reste, auront à apprécier, d'après les circonstances, jusqu'où doit s'étendre la responsabilité de l'hôtelier.

256. Le texte parle uniquement des aubergistes et hôteliers; on se demande s'il faut restreindre son application aux individus qu'il dénomme ou s'il faut l'étendre à ceux qui, à raison de la profession qu'ils exercent ou de l'industrie qu'ils dirigent, reçoivent dans leur maison ou dans leur établissement des dépôts analogues à ceux que l'on fait dans les hôtelleries?

Les logeurs en garni louant leurs appartements aux voyageurs doivent être assimilés aux hôteliers, ainsi que cela résulte d'un avis du Conseil d'État du 10 octobre 1811, et de l'art. 2 de la loi du 25 mai 1838 sur la compétence des juges de paix. Mais, sauf cette assimilation, une opinion soutient que les art. 1952 à 1954 ne peuvent être étendus à aucune autre profession (1), pas même aux loueurs en garni louant leurs appartements aux habitants de la ville (2)!

Une opinion différente estime, au contraire, et avec raison, selon nous, que les dispositions dont il s'agit s'appliquent à tous ceux qui, soit par leur profession, soit à raison d'un fait passager, se trouvent chargés de veiller à la conservation d'objets déposés chez eux, comme l'hôtelier à la conservation des effets du voyageur (3). Si la loi ne parle que des aubergistes et hôteliers, c'est que la disposition est traditionnelle (4).

La loi a d'ailleurs moins envisagé la profession en elle-

(1) DUVERGIER, n° 522; AUBRY et RAU, § 406, texte et note 1; Nîmes, 18 mai 1854, Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 873.
(2) AUBRY et RAU, *loc. cit.*
(3) *Sic*, GUILLOUARD, n° 135.
(4) LAURENT, t. XXVII, n° 147.

même que la circonstance permettant, et même commandant, de considérer comme nécessaire le dépôt de certains objets apportés par l'une des parties. C'est cette circonstance qui doit être vérifiée, et chaque fois qu'il sera possible de la relever, il faudra conclure à la responsabilité du dépositaire nécessaire.

257. C'est ce qui aura lieu, sans difficulté pour les *hôtels garnis*, ce qu'on appelle encore des *hôtels meublés*, où les voyageurs sont logés, mais ne sont pas nourris, et aussi pour les logeurs en garni, sans distinction entre ceux qui reçoivent les voyageurs et ceux qui louent aux habitants de la ville (1), sans distinction non plus entre ceux qui font de cette industrie leur profession habituelle et ceux qui, pour tirer profit d'une certaine affluence de monde durant une exposition, une foire, etc., louent accidentellement leur propre maison, même en détail et en garni (2).

Il y a eu plus de difficultés pour les établissements de bains. Une certaine opinion refuse d'appliquer aux maîtres de bains publics les art. 1952 et suiv., par cette singulière raison que les cabines ou cabanes de bains ne sont pas solides, que chacune d'elles n'est pas gardée par un surveillant spécial, et que les baigneurs ne sont pas forcés d'y déposer les objets précieux dont ils sont nantis (2). Mais ils sont bien obligés d'y déposer leurs vêtements et les objets que les vêtements sont ordinairement destinés à contenir, ou tout au moins de déposer ces derniers objets dans le bureau de l'établissement si le maître l'exige. Il y a donc là un dépôt nécessaire dans un lieu où l'on est reçu temporairement, qui est *garni* suivant les exigences de sa destina-

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 148; ARNTZ, t. IV, n° 1422; GUILLOUARD, n° 136; BRAUDY-LACANTINERIE, t. III, n° 873.

(2) Caen, 17 déc. 1875, S. 76, 2, 49; DUVERGIER, n° 522; AUBRY et RAU, § 406, texte et note 4; LAURENT, t. XXVII, n° 151; Trib. Bruxelles, 16 déc. 1875, *Pas.*, 76, 3, 213.

tion, et qui échappe à la surveillance personnelle du client, sans qu'il y ait à se préoccuper, comme l'ont proposé quelques auteurs (1), de l'importance plus ou moins grande de l'établissement.

258. Les mêmes considérations doivent s'appliquer aux dépôts effectués par un spectateur dans le vestiaire d'un théâtre (2), et même au dépôt des cannes et parapluies rendu obligatoire dans certains lieux où le public est admis gratuitement. Dans tous ces cas, le dépôt est nécessaire et le déposant ne peut surveiller personnellement sa chose. On a jugé pareillement que le directeur d'un théâtre est responsable des vêtements et objets de même nature dont le spectateur se dessaisit pendant la représentation et qu'il confie à l'ouvreuse de loges (3). Cela est douteux, car l'ouvreuse ne paraît pas préposée à un tel service.

Il en est autrement des dépôts effectués dans un café ou restaurant, table d'hôte, pension bourgeoise et autres établissements de ce genre, car le déposant conserve la surveillance personnelle des objets qu'il apporte (4). Pour le linge apporté dans un bateau-lavoir, la Cour de cassation a pareillement jugé que les blanchisseuses en conservent, pendant le lavage, la possession et la surveillance exclusive, et que le séchage, qui a lieu dans des cabinets fermés à clef, apparaît comme un simple acte de jouissance locative accompli aux périls du locataire (5).

(1) PONT, t. I, n° 527.

(2) Trib. Seine, 5 janv. 1888, S. 88, 2, 45.

(3) Trib. Bruxelles, 10 nov. 1872, *Pas.*, 73, 3, 8.

(4) Trib. Seine, 30 juill. 1867, D. 67, 1, 220; Trib. Liège, 29 avr. 1871, *Cl. et B.*, 71-72, 417; DURANTON, t. XVIII, n° 78; DUVERGIER, n° 52; AUBRY et RAU, § 406, texte et note 3; PONT, t. I, n° 528; ARNTZ, t. IV, n° 1422; GUILLOUARD, n° 139; Comp. LAURENT, n°s 147, 150; *Contrà*, Aix, 20 juin 1867, D. 67, 5, 332; MERLIN, *Quest.*, v° *Dépôt nécessaire.*

(5) Cass. 26 janv. 1875, S. 75, 1, 256.

Cette dernière considération ne permet pas non plus d'appliquer les art. 1952 à 1954 au profit des négociants qui louent, dans un hôtel, des magasins et une chambre *à l'année*, pour leur servir de bureau (1), ni au profit des médecins, dentistes, avocats et autres, qui louent, dans les mêmes conditions, une chambre pour leur servir de cabinet de consultation ou d'opération. Il s'agit alors, en effet, de locataires volontaires et non de voyageurs descendant momentanément dans l'hôtellerie (2).

Le dépôt se forme par le seul apport des objets à l'hôtellerie ou dans le lieu assimilé à l'hôtellerie. Mais il ne conserve le caractère de dépôt nécessaire que durant le séjour du voyageur. Le dépôt devient volontaire si, en quittant l'hôtellerie, le voyageur confie certains objets à la garde de l'hôtelier (3).

259. Dans la théorie qui restreint aux *aubergistes* ou *hôteliers* l'application des art. 1952 et suiv., la plupart des solutions ci-dessus indiquées pourraient encore être adoptées, si la difficulté était jugée en fait au lieu d'être jugée en droit.

Le dépôt, en effet, comme nous l'avons déjà fait remarquer, ne se présente pas dans notre hypothèse comme un contrat isolé, mais comme une clause accessoire d'un autre contrat principal, clause relative à la garde d'une chose. S'il y avait un écrit, on appliquerait sans difficulté l'art. 1160, aux termes duquel on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage quoique elles n'y soient pas exprimées.

Il est vrai que, dans les hypothèses que nous avons en vue, un écrit n'est pas ordinairement rédigé. Mais cela n'empêche pas que, dans ces mêmes hypothèses, une clause relative à la garde de l'objet apporté par l'une des parties

(1) Angers, 15 juill. 1857, D. 57, 2, 167.
(2) Trib. Bruxelles, 5 juin 1878, *Pas.*, 78, 3, 352.
(3) Cass. 10 janv. 1832, S. 32, 1, 91.

doit nécessairement être considérée comme étant entrée dans leur intention probable, c'est-à-dire doit être considérée comme implicite, et par conséquent *suppléée*, ainsi que le dit l'art. 1160.

Or, la Cour de cassation reconnaît, d'une manière générale, qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement, eu égard aux circonstances de l'affaire, la clause d'une convention relative à la responsabilité que doit entraîner à la charge de l'une des parties le vol d'un objet dont la garde lui avait été confiée (1).

Par conséquent, alors même qu'il s'agirait d'un dépôt nécessaire effectué chez une personne qu'on ne voudrait pas ranger dans la classe des hôteliers ou aubergistes, la responsabilité de cette personne pourrait être considérée par les juges du fond comme étant la même que celle des hôteliers et aubergistes, en vertu d'une convention tacite intervenue entre les parties.

260. Le dépôt, avons-nous dit, se forme par le seul apport des objets dans l'hôtellerie. Le voyageur n'est pas obligé de les consigner entre les mains de l'hôtelier, ni, en vertu des principes généraux, de lui faire à cet égard une déclaration quelconque (2). Par le fait seul de cet apport l'hôtelier est constitué dépositaire, c'est-à-dire possesseur précaire. Il ne pourrait donc, s'il prétendait retenir à titre de don manuel les objets déposés chez lui, invoquer l'art. 2279; il devrait prouver qu'il y a eu à son profit tradition faite avec intention de donner (3).

Il demeure dépositaire de tous ses objets quelle que soit

(1) Cass. 23 juill. 1895, D. 96, 1, 118.

(2) Cass. 11 mai 1846, S. 46, 1, 364; Rouen, 4 fév. 1847, S. 48, 2, 452; DUVERGIER, nos 515-520; AUBRY et RAU, § 406, texte et note 5 et 6; PONT, t. I, nos 530-532; LAURENT, t. XXVII, no 161; ARNTZ, t. IV, no 1424; GUILLOUARD, no 144.

(3) Pau, 21 mars 1893, D. 94, 2, 438.

leur nature, et sans aucune distinction entre les effets qui suivent ordinairement la personne, et les valeurs en argent, en titres, en bijoux ou en marchandises.

Mais à quel moment l'apport dans l'hôtellerie doit-il être considéré comme effectué?

La question, qui aura quelquefois une grande importance, peut être soulevée à l'occasion de l'usage adopté par certains hôteliers d'envoyer aux gares de chemins de fer, des omnibus portant l'indication de leur hôtellerie et engageant ainsi les voyageurs à descendre chez eux. Ils les transportent ainsi eux et leur bagage et assument à cet égard, volontairement, une responsabilité spéciale quant au transport et à la garde des bagages (1). Nous pensons que le voyageur doit être considéré comme ayant contracté avec l'hôtelier aussitôt qu'il a pris place dans l'omnibus de celui-ci et confié ses bagages au conducteur. Dans les conditions envisagées, l'omnibus est véritablement une dépendance de l'hôtellerie, et l'hôtelier doit être responsable comme tel et non comme entrepreneur de transports. L'intérêt de la solution consiste en ce que la responsabilité de l'hôtelier est limitée, ainsi que nous le verrons bientôt, par la loi du 18 avril 1889, en ce qui touche les espèces monnayées et les valeurs au porteur, tandis que la responsabilité de l'entrepreneur de transports demeure illimitée.

Le voyageur qui a pris place dans l'omnibus d'un hôtel en confiant ses bagages au conducteur qui est un préposé du maître de l'hôtel, est censé, disons-nous, être descendu dans l'hôtel auquel appartient l'omnibus. Il importe peu qu'en réalité il ait ensuite logé ou non dans l'hôtel. Lorsqu'il est constant, en effet, qu'un voyageur est descendu dans un hôtel *à l'effet d'y loger*, et que ses bagages ont été remis à son arrivée aux domestiques ou préposés de l'hôtellerie;

(1) Trib. Bruxelles, 6 mars 1880, *B. J.*, 80, 130.

l'hôtelier doit répondre de ces bagages sans qu'il failli tenir compte du point de savoir si le voyageur a ou n'a pas effectivement pris possession d'une chambre et s'il y a logé (1). Les conditions du dépôt envisagé par l'art. 1952 demeurent en effet les mêmes (2).

261. La responsabilité des hôteliers se mesure à la surveillance dont ils sont tenus :

ART. 1953. Ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie (*).

Par étrangers allant et venant dans l'hôtellerie, il faut entendre toute personne qui y pénètre sous un prétexte quelconque, mais non les serviteurs ou domestiques du voyageur lui-même, et autres personnes de sa suite.

Par *effets du voyageur*, il faut entendre non seulement les effets d'habillement, mais l'argent, les bijoux, les valeurs, les voitures, chevaux, chiens, etc.

L'hôtelier répond non seulement de la perte ou du vol, mais encore *du dommage* causé aux choses apportées par le voyageur. Ainsi l'aubergiste qui loge un cheval, sera responsable du dommage éprouvé par l'animal par suite du mauvais entretien de l'écurie (3), ou des accidents dont il aura souffert, à moins que la nature de l'animal n'exigeât des précautions spéciales, et que le voyageur eût négligé d'en prévenir l'hôtelier (4). Il sera également responsable si le dommage a été causé par le cheval d'un autre voyageur, cheval placé dans la même écurie. Ce qui revient à recon-

(*) Art. 1953. — L. 1 § 8, L. 2, L. 3 § 5, L. 5 § 1, D. 4, 9, *Nautæ caupones*.

(1) Trib. Bruxelles, 10 juin 1876, *Pas.*, 76, 3, 234; Rennes, 26 décembre 1833, D. *Répert.*, v° *Dépôt*, n° 170.

(2) LAURENT, t. XXVII, n° 153; Comp. PONT, t. I, n° 534.

(3) Trib. Gand, 3 mai 1879, *Pas.*, 83, 3, 9.

(4) Bourges, 17 déc. 1877, D. 78, 2, 39; Comp. Caen, 19 mai 1890, *Pand. franç.*, 90, 2, 236.

naître que l'hôtelier est également responsable du dommage causé par l'animal qui lui a été confié. Si le dommage a été causé par cet animal à un autre voyageur ou à la chose de celui-ci, il faudra appliquer les art. 1952 et 1953; si le dommage a été causé à un tiers, on appliquera l'art. 1385.

262. L'hôtelier responsable des objets déposés dans son hôtellerie doit, le cas échéant, en payer la valeur intégrale, quelle que soit la nature de ces objets. C'est ce qu'il résulte de l'art. 1952 qui rend l'aubergiste responsable des effets apportés par le voyageur sans limitation aucune, et sans aucune condition. L'art. 1953, qui applique la responsabilité au vol et au dommage, est tout aussi général (1).

L'opinion contraire est cependant soutenue, et paraît suivie par la jurisprudence (2). On invoque surtout l'art. 1348 qui, en donnant aux juges la faculté d'admettre ou de rejeter la preuve testimoniale pour le dépôt d'hôtellerie *suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait*, est considéré comme leur accordant virtuellement le droit de limiter la responsabilité de l'hôtelier : « Si en effet, dit-on, le voyageur s'appointe à prouver qu'il avait dans sa malle des effets précieux, de l'argent, des diamants, etc., d'une valeur considérable, hors de proportion avec sa condition apparente et la condition des voyageurs qui descendent d'ordinaire dans l'hôtellerie, les juges ne l'admettront à prouver que la perte d'effets et d'une somme d'argent limités à une valeur raisonnable suivant les circonstances (3). »

Mais il est impossible d'accorder aux juges un pouvoir

(1) LAURENT, t. XXVII, nos 156-157; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, n° 873.

(2) Voy. notamm. Paris, 7 mai 1838; 26 déc. 1838, D. *Répert.*, v° *Dépôt*, n° 174; Paris, 29 août 1844, D. 46, 2, 84; Trib. Nantes, 20 avr. 1864, D. 73, 5, 161; DUVERGIER, n° 519; AUBRY et RAU, § 406, texte et note 10; GUILLOUARD, n° 149; Voy. Trib. Bruxelles, 16 juin 1869, *B. J.*, 69, 1207.

(3) GUILLOUARD, *loc. cit.*

aussi arbitraire, en vertu d'un raisonnement qui repose sur une pure équivoque. La loi, et c'est déjà bien assez, n'investit le juge d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation que pour ce qui touche l'admission ou le rejet de la preuve testimoniale (1). L'art. 1348 3° a pour but de trancher une question d'admissibilité de la preuve testimoniale, comment donc pourrait-on le faire servir *à limiter la responsabilité* de l'hôtelier! Ne voit-on pas d'ailleurs ce qu'il y aurait d'étrange et d'incohérent, dans une décision qui dirait au demandeur : vous offrez de prouver qu'il y avait dix mille francs de bijoux dans votre malle; d'après la figure que vous faites dans le monde, nous n'en croyons rien... Mais nous vous autorisons à prouver qu'il n'y avait pas plus de 500 francs! Cette décision ne peut changer la nature des éléments de preuve, que pouvait avoir le voyageur quand il *s'appointait* à prouver qu'il avait 10,000 francs dans sa malle. Il fera donc sa preuve avec les mêmes témoins. Or qu'adviendra-t-il si ces témoins sont unanimes pour affirmer des faits desquels il résulte qu'il y avait réellement 10,000 francs dans la malle!...

Nous pensons donc qu'il faut admettre sur la difficulté proposée la solution que nous avons cru devoir adopter, en ce qui touche la responsabilité du voiturier (Voy. t. X, n° 409).

263. Cette responsabilité indéfinie a paru excessive en ce qui concerne certaines valeurs représentées dans une forme permettant à un voyageur de transporter avec lui des sommes considérables, dont rien ne saurait faire soupçonner l'existence.

En conséquence, et sur les réclamations d'un certain nombre de maîtres d'hôtels et de maisons meublées, une loi du 18 avril 1889 décida qu'il serait ajouté à l'art. 1953 un paragraphe ainsi conçu :

« Cette responsabilité est limitée à mille francs pour les

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 871.

espèces monnayées et les valeurs ou titres au porteur de toute nature non déposés réellement entre les mains des aubergistes et hôteliers. »

C'est donc seulement en ce qui concerne les espèces monnayées et les titres ou valeurs au porteur de toute nature que la responsabilité de l'aubergiste se trouve limitée.

Pour tous les autres effets du voyageur la responsabilité de l'hôtelier demeure entière et indéfinie.

Il en sera de même pour les espèces monnayées et valeurs au porteur réellement déposées entre les mains de l'hôtelier. Par ce fait, le dépôt ne cesse pas d'être nécessaire, et la preuve pourra en être faite par témoins quelle qu'en soit la valeur (1).

264. Mais on a prétendu que la loi de 1889 a eu seulement pour but de limiter, dans l'hypothèse qu'elle a en vue, la responsabilité de l'hôtelier considéré comme tel, et non la responsabilité de l'hôtelier considéré comme maître par rapport à ses domestiques ou préposés, ou simplement comme ayant commis une faute déterminée que le voyageur, agissant alors comme tiers lésé par le fait d'autrui, devrait spécialement prouver. Par conséquent, si la perte ou le dommage étaient arrivés par la faute de l'hôtelier ou de ses domestiques ou préposés, les art. 1382, 1383 et 1384 seraient encore applicables.

En effet, dit-on, lorsqu'il n'y a pas de lien contractuel entre les parties en présence, l'art. 1384 § 3, notamment, proclame la responsabilité des maîtres et commettants; à plus forte raison, doit-il en être ainsi, lorsque le maître ou le commettant, est obligé, par un contrat, de veiller à la conservation de la chose (2). Mais c'est tout le contraire, et nous croyons

(1) Voy. GUILLOUARD, n° 158; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 873.

(2) Voy. GUILLOUARD, n^{os} 150 et 158; Cass. 11 mai 1846, S. 46, 1, 364; Amiens, 4 déc. 1846; Comp. Douai, 19 août 1842, S. 42, 2, 422; *Adde*, AUBRY et RAU, § 406, texte et note 11.

l'avoir démontré dans la partie générale *des obligations* (Voy. t. VII, n° 95).

Quoi qu'il en soit, la solution que nous repoussons est une application de la doctrine surannée qui persiste à méconnaître toute distinction entre la *faute délictuelle* et la faute *contractuelle* et prétend appliquer toujours les principes de la faute délictuelle.

Il est vrai que, dans la discussion de la loi, les rapporteurs devant la Chambre (1) et devant le Sénat (2) ont fait quelques vagues déclarations au sujet des règles *ordinaires* qui continueront d'être appliquées, s'il y a eu faute de l'hôtelier ou des personnes dont il répond. Une cour a même jugé que la loi de 1889 n'a rien changé aux règles du Code lorsqu'une faute a été commise par l'hôtelier lui-même ou par les personnes dont il doit répondre, que c'est au voyageur à prouver la réalité de cette faute, et que la loi du 18 avril 1889 sera appliquée s'il ne fait pas cette preuve (3).

Nous avons établi plus haut la nécessité de distinguer entre la *faute contractuelle* et la *faute délictuelle* (Voy. t. VIII, n^{os} 427 et suiv.); nous n'avons pas à y revenir. Il faut prendre la loi de 1889 telle qu'elle est, et les déclarations faites par des hommes plus ou moins compétents ne sauraient en modifier la portée. Cette loi suppose que le demandeur en dommages agit à raison du dépôt nécessaire par lui effectué dans une hôtellerie; il ne sera pas recevable dans son action si le fait du dépôt n'est pas prouvé. Il invoque donc un contrat et soutient que le contrat n'a pas reçu son exécution. Il faut donc, si le voyageur triomphe, appliquer la loi de 1889 et faire bénéficier l'hôtelier de la limitation apportée à sa responsabilité par cette loi, quand il s'agit

(1) *J. off.*, 27 mars 1889.
(2) *J. off.*, annexe au procès-verbal de la séance du 11 avr. 1889.
(3) Bordeaux, 20 mai 1892, D. 93, 2, 182.

d'espèces monnayées ou de titres au porteur. Il serait illogique d'exiger du voyageur la preuve du contrat de dépôt, et d'appliquer ensuite, le cas échéant, des règles faites pour des hypothèses où il n'y a pas eu contrat. Si on était encore sous le régime des formules, on pourrait dire que l'*intentio* donne à vérifier l'existence chez les parties des qualités de déposant et de dépositaire, qualités que la *condemnatio* ne suppose plus.

265. Pour les cas réellement laissés en dehors de la loi de 1889, la responsabilité de l'hôtelier demeure encore fort lourde. Pourrait-il en limiter l'étendue ou même s'en affranchir complètement en ce qui concerne les objets d'une valeur exceptionnelle que le voyageur apporte avec lui! L'affirmative est certaine, s'il était intervenu sur ce point entre les parties une convention formelle dont l'existence serait régulièrement établie ou non déniée. Mais en serait-il de même si l'hôtelier s'était borné à faire afficher dans les chambres de son hôtel un avis aux termes duquel il ne répond pas des objets précieux, diamants, bijoux, etc., qui n'auraient pas été remis en dépôt au bureau de l'hôtel? La négative est non moins certaine (1), non pas parce qu'il ne saurait dépendre de l'hôtelier de *modifier une règle d'ordre public* (2), mais parce que rien ne prouve qu'il y a eu sur ce point une convention entre les intéressés (3). Au contraire, l'acceptation du bulletin de passage sur lequel est imprimée une clause limitant la responsabilité des compagnies de transport, est à bon droit assimilée par la Cour de cassation à l'acceptation de la clause elle-même (Voy. t. VII, n° 152; t. X, n° 410).

266. Le voyageur qui réclame une indemnité parce que

(1) Caen, 17 déc. 1875, D. 76, 2, 190.

(2) *Sic*, GUILLOUARD, n° 151.

(3) LAURENT, t. XXVII, n° 145; Comp. AUBRY et RAU, § 406, texte et note 12; PONT, t. I, n° 543.

ses effets ont été volés doit prouver non seulement le fait du vol, mais de plus que le vol a été commis dans l'auberge ou dans l'hôtel.

Les hôteliers restent responsables alors même que le voyageur a commis une négligence ou une imprudence qui peut avoir favorisé ou facilité le vol. Mais le voyageur doit également répondre de ses propres faits, de sorte que, alors, il y aura eu faute commune, et le juge appréciera, suivant les circonstances, la responsabilité de chacun (1).

Mais,

ART. 1954. Ils ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure (*).

Ce texte doit être limité aux cas qu'il prévoit. Les hôteliers seraient donc responsables d'un vol commis avec escalade ou effraction, ou à l'aide de fausses clefs (2).

266 *bis*. Théoriquement la responsabilité des hôteliers doit durer autant que leur obligation de garder les objets déposés chez eux. Mais à l'égard des objets abandonnés par le voyageur, volontairement ou par oubli, sans constitution régulière de gage, il ne saurait être question d'imposer aux hôteliers ou aubergistes l'obligation de conserver indéfiniment ces objets.

Si le voyageur qui est parti doit quelque chose à l'hôtelier, la présence des objets dont il s'agit n'empêchera pas celui-ci de poursuivre contre son débiteur l'obtentiou d'un titre exécutoire. Si le voyageur ne doit rien, l'hôtelier a toujours le droit, comme tout débiteur d'un corps certain, de se libérer en agissant dans les termes de l'art. 1264 (Voy. t. VIII, n° 97).

(*) Art. 1954, — L. 3 § 1, D. 4, 9, *Nautæ caupones*.

(1) Trib. Seine, 16 janv. 1884, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Dépôt*, n° 67; DUVERGIER, n° 520; AUBRY et RAU, § 406, texte et note 13; LAURENT, t. XXVII, n° 144; ARNTZ, t. IV, n° 1426; GUILLOUARD, n° 152.

(2) Paris, 3 mai 1831, S. 33, 2, 186; AUBRY et RAU, § 406, texte et note 9; LAURENT, t. XXVII, n° 142; ARNTZ, t. IV, n° 1426; GUILLOUARD, n° 147; Voy. cep. PONT, t. I, n° 540.

En 1890, les chambres syndicales des hôteliers et logeurs de Paris, et des hôteliers et aubergistes des départements adressèrent à la Chambre des députés une pétition pour obtenir le vote d'une loi leur permettant de faire vendre dans un certain délai tous les objets laissés en gage ou abandonnés dans les établissements par les voyageurs. Il s'agissait d'éviter les ennuis de l'*encombrement!*... En conséquence, la machine législative s'est mise à fonctionner et a abouti à une loi du 31 mars 1896, encombrant la législation civile de huit articles nouveaux ainsi conçus :

Art. 1er. Les effets mobiliers apportés par le voyageur ayant logé chez un aubergiste, hôtelier ou logeur et par lui laissés en gage pour sûreté de sa dette, ou abandonnés au moment de son départ, peuvent être vendus dans les conditions et formes déterminées par les articles suivants.

Art. 2. Le dépositaire pourra présenter au juge de paix du canton où les effets mobiliers ont été laissés en gage ou abandonnés, une requête qui énoncera les faits, désignera les objets et leur valeur approximative.

L'ordonnance du juge, mise au bas de la requête, fixera le jour, l'heure, le lieu de la vente, qui ne pourra être faite que six mois après le départ constaté du voyageur.

Cette ordonnance fixera en outre la mise à prix des objets à vendre, commettra l'officier public qui devra y procéder et contiendra, s'il y a lieu, l'évaluation de la créance du requérant.

L'officier public chargé de la vente fera ouvrir, en présence du dépositaire, les malles, paquets ou autres sous fermeture quelconque et dressera de son opération procès-verbal, qui sera communiqué au juge de paix.

En cas d'extrême urgence, le juge pourra autoriser la vente avant l'expiration du délai de six mois, et devra justifier, dans son ordonnance, des motifs de l'abréviation de ce délai.

Art. 3. La vente sera annoncée huit jours à l'avance par

affiches apposées dans les lieux indiqués par le juge, qui pourra même autoriser la vente après une ou plusieurs annonces à son de trompe.

La publicité donnée à la vente sera constatée par une mention insérée au procès-verbal de vente.

Art. 4. L'officier public commis par le juge préviendra huit jours à l'avance, par lettre recommandée, le voyageur des lieu, jour et heure de la vente, dans le cas où son domicile sera connu.

La vente aura lieu aux enchères et il y sera procédé tant en l'absence qu'en présence du déposant.

Art. 5. Le propriétaire poura s'opposer à la vente par exploit signifié au dépositaire. Cette opposition emportera de plein droit citation à comparaître à la première audience utile du juge de paix qui a autorisé la vente, nonobstant toute indication d'une audience ultérieure. Le juge devra statuer dans le plus bref délai.

Art. 6. Sur le produit de la vente, et après le prélèvement des frais, l'officier public paiera la créance du dépositaire. Le surplus sera versé à la Caisse des dépôts et consignations, au nom du propriétaire, par l'officier public, qui ne dressera aucun procès-verbal du dépôt. Il en retirera récépissé; ce récépissé lui vaudra décharge.

Si le produit de la vente est insuffisant pour couvrir les frais, le surplus sera payé par le dépositaire, sauf recours contre le déposant.

Le montant de la consignation en principal et intérêts sera acquis de plein droit au Trésor public, deux ans après le dépôt, s'il n'y a eu, dans l'intervalle, réclamation de la part du propriétaire, de ses représentants ou de ses créanciers.

Art. 7. Les art. 624 et 625 du Code de procédure civile sont applicables aux ventes prévues par la présente loi.

Ces ventes seront faites conformément aux lois et règle-

ments qui déterminent les attributions des officiers publics qui en seront chargés.

Art. 8. Tous les actes, spécialement les exploits, ordonnances, jugements et procès-verbaux faits en exécution de la présente loi, sont dispensés du timbre et enregistrés gratis.

Pour tenir lieu des droits de timbre et d'enregistrement, il sera perçu sur le procès-verbal de vente, lorsqu'il sera présenté à la formalité, 7 0/0 du produit de la vente, sans addition de décimes.

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE.

SECTION Ire.

Des diverses espèces de séquestre.

267. — Notion du séquestre; division, art. 1955.

267. Lorsqu'il existe un litige sur une chose ou à l'occasion d'une chose, meuble ou immeuble, entre deux ou plusieurs personnes, on comprend facilement que les parties pourront confier à un tiers la garde de la chose dont il s'agit jusqu'à la décision à intervenir. Dans ce cas, chacune des parties agit comme si elle était seule, pour l'utilité de sa prétention tout entière dont elle ne retranche rien, se mettant d'accord avec ses co-litigants seulement pour la désignation du tiers.

L'opération envisagée prend le nom de *séquestre*, et on désigne quelquefois par la même dénomination le tiers qui a été choisi.

La justice peut avoir également l'occasion d'ordonner le séquestre d'une chose.

On voit donc que :

ART. 1955. Le séquestre est ou conventionnel ou judiciaire.

SECTION II.

Du séquestre conventionnel.

268. — Définition, art. 1956; gratuité, art. 1957, 1958; objet, art. 1959; décharge, art. 1960.

269. — Actions appartenant au séquestre rémunéré.

268. La loi donne d'abord la définition du séquestre con-

ventionnel; mais, par suite d'un *lapsus* évident, elle semble admettre que le séquestre peut être fait *par une seule personne* (1) :

ART. 1956. Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir (*).

Ce contrat, qu'on déclare être un dépôt, n'est pas un dépôt;

En effet :

ART. 1957. Le séquestre peut n'être pas gratuit.

Il se confond alors avec le louage de services (2).

ART. 1958. Lorsqu'il est gratuit, il est soumis aux règles du dépôt proprement dit, sauf les différences ci-après énoncées.

Ainsi :

ART. 1959. Le séquestre peut avoir pour objet non seulement des effets mobiliers, mais même des immeubles.

En pareil cas, le tiers à qui la garde de la chose a été confiée, possède pour le compte de celui qui obtiendra gain de cause, de façon que sa possession profite à celui-ci.

Enfin, alors que dans le dépôt proprement dit, c'est habituellement la volonté du déposant qui met fin au dépôt,

ART. 1960. Le dépositaire chargé du séquestre ne peut être déchargé avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées, ou pour une cause jugée légitime (**),

telle qu'une maladie, un voyage urgent et lointain.

L'acte de décharge, quand il en est intervenu, doit être considéré comme emportant renonciation formelle au droit de demander compte au séquestre, plutôt que comme établissant la présomption qu'un compte a été rendu. Les parties qui l'ont souscrit dans la forme authentique peuvent

(*) Art. 1956. — L. 6, 17, D. 16. 3, *Depositi;* L. 110, D. 50, 16, *De verb. signif.*

(**) Art. 1960. — L. 5 § 2, D. 16, 3, *Depositi.*

(1) Voy. POTHIER, *Contrat de dépôt*, n° 85; L. 17, D. 16, 3, *Depositi.*

(2) POTHIER, *Dépôt*, n° 90; GUILLOUARD, n° 467; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 878; Comp. LAURENT, t. XXVII, n° 166.

demander à établir par les moyens ordinaires de preuve, et sans recourir à la voie de l'inscription de faux, l'erreur ou le dol qui les aurait déterminées à donner une telle décharge (1).

269. Le séquestre rémunéré a une action pour le tout, non seulement contre celui qui, finalement, a obtenu la chose litigieuse, mais encore contre tous ceux qui lui en avaient confié la garde et dont il a suivi la foi (2). Dans une hypothèse où chacun, à raison de ses prétentions, a agi pour le tout comme s'il était seul et où *il n'y a pas de part*, il n'est pas permis de dire que chacun n'est tenu *que pour sa part* (3). Il y a, dit-on encore, une raison de douter tirée de ce que la solidarité conventionnelle ne se présume pas (4). Mais il n'est pas du tout question de solidarité conventionnelle, il s'agit uniquement d'un cas d'obligation *in solidum* (Voy. t. VII, n° 314).

Par conséquent, s'il y avait plus de deux parties, celle qui aurait payé le salaire du séquestre, n'aurait aucun recours contre les autres déposants considérés comme tels. Du reste, le tribunal chargé de statuer au fond pourrait être saisi par des conclusions spéciales de la question relative au règlement entre les parties des frais de séquestre. Mais il est manifeste que la décision rendue sur ce point ne serait pas opposable au dépositaire qui n'est pas appelé à figurer dans l'instance.

SECTION III.

Du séquestre ou dépôt judiciaire.

270. — Le séquestre judiciaire est-il autre chose que le dépôt judiciaire?

(1) Bruxelles, 29 avr. 1872, *B. J.*, 73, 162.

(2) POTHIER, n° 89; PONT, *Des petits contrats*, n° 549; AUBRY et RAU, § 408, texte e note 3.

(3) *Sic*, GUILLOUARD n° 171.

(4) Voy. GUILLOUARD *loc. cit.*; LAURENT, t. XXV

271. — Quand il y a lieu à séquestre judiciaire, art. 1961; caractère limitatif de cet article et des textes spéciaux qui le complètent.
272. — Suite. *Quid* en cas de non présence d'une personne; d'instance en divorce ou en séparation de corps?
273. — Suite. *Quid* en cas de déconfiture d'un débiteur présent?
274. — Suite. Du séquestre sur le patrimoine entier d'un individu vivant ou mort.
275. — Le séquestre ne peut être demandé par un simple créancier.
276. — Litiges à propos d'une succession.
277. — D'où peut résulter le caractère litigieux d'une chose.
278. — Par qui doit être désigné le séquestre judiciaire; qui peut être appelé à remplir cette mission, art. 1963.
279. — Droits et obligations de la personne chargée du séquestre.
280. — Du gardien d'objets saisis.

270. On discute le point de savoir s'il faut, comme paraît le faire la rubrique de notre section, confondre ensemble le *séquestre judiciaire* et le *dépôt judiciaire*, ou bien s'il faut admettre que le législateur s'est occupé dans notre section de deux matières différentes. La question est sans intérêt puisque, d'après le § 2 de l'art. 1963, la personne à qui la chose est confiee est soumise à toutes les obligations qu'emporte le séquestre conventionnel, aussi bien dans les cas de séquestre judiciaire que dans les cas de dépôt judiciaire (1). Mais l'observation prouve qu'il s'agit en réalité de deux mesures distinctes qui ne peuvent être prises que dans des conditions différentes. Le séquestre est judiciaire quand la chose qui en est l'objet peut être considérée comme litigieuse et il est facultatif, tandis que le dépôt judiciaire ne suppose aucun litige et il est obligatoire, dans le cas, par exemple, de séquestre de meubles saisis sur un débiteur, ou quand il s'agit de choses autres qu'une somme d'argent, offertes par le débiteur pour sa libération (2). Cela prouve que le séquestre judiciaire se rattache à l'organisation et à la protection des droits réels. Il est étranger aux droits de

(1) GUILLOUARD, n° 172.
(2) LAURENT, t. XXVII, n° 171.

créance qui trouvent dans les art. 1166 et 1167 une suffisante protection (1). Mais quand une saisie a été pratiquée, ou qu'une offre a été faite, le droit de créance peut alors, indirectement, donner lieu à un dépôt judiciaire.

271. Tout cela résulte manifestement du texte suivant auquel on ne peut reprocher qu'un défaut de méthode assez fréquent dans le Code civil :

ART. 1961. La justice peut ordonner le séquestre : — 1° Des meubles saisis sur un débiteur; — 2° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes; — 3° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération.

Il résulte de ce texte :

1° Que la mesure du séquestre judiciaire est facultative;

2° Que cette mesure peut être prise quand la propriété ou la possession de la chose envisagée est litigieuse.

Par conséquent, en dehors des cas énoncés par l'art. 1961, ou formellement prévus par un texte spécial, il n'est pas possible de demander par voie d'action principale qu'un séquestre soit ordonné. Mais toutes les fois qu'une instance est pendante à propos d'une chose corporelle, n'importe pour quelle cause, le séquestre peut être ordonné (2).

Les textes spéciaux auxquels nous faisions allusion, sont :

D'abord l'art. 681, C. pr. c., ainsi conçu : « Si les immeubles saisis ne sont pas loués ou affermés, le saisi restera en possession jusqu'à la vente, comme séquestre judiciaire, à moins que sur la demande d'un ou plusieurs créanciers, il n'en soit autrement ordonné par le président du tribunal, dans la forme des ordonnances sur référé; »

En second lieu l'art. 602, C. C., aux termes duquel, si l'usufruitier ne trouve pas de caution : « Les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre. »

(1) Voy. Paris, 9 janv. 1895, D. 1896, 2, 272.

(2) AUBRY et RAU, § 409, texte et notes 4 à 7; PONT, t. I, n° 560; Comp. LAURENT, t. XXVII, n° 173.

Enfin l'art. 465, C. Inst. crim., relatif à l'organisation du séquestre des biens de l'accusé contumax (1).

Ces divers textes qui viennent compléter en quelque sorte l'art. 1961, sont manifestement limitatifs comme l'art. 1961 lui-même (2), et il est singulier qu'on ait voulu quelquefois argumenter de ces textes pour soutenir que l'art. 1961 n'était pas limitatif!

Comment! il serait possible que les juges ne fussent pas investis d'un pouvoir arbitraire et sans limites!... c'est ce que certains esprits n'ont jamais pu concevoir : « Il faut aller plus loin, a-t-on dit, et admettre que les juges peuvent ordonner le séquestre toutes les fois que la mesure leur paraît nécessaire, soit pour la conservation des droits de parties qui sont engagées dans un débat judiciaire, soit pour la conservation des droits de créanciers actuels ou éventuels, alors même qu'aucun débat n'est engagé devant les tribunaux (3). »

272. Ainsi, dans le cas de *non présence* d'une personne à son domicile, « il serait très désirable, d'après Demolombe, que le tribunal pût autoriser, même dans ce cas, les mesures administratives que la situation rendrait nécessaires ; et cela me paraît si utile et si raisonnable que je pense qu'il aurait, en effet, le pouvoir (4) », et il invoque les art. 112 et 131 qui cependant ne sauraient concerner que les présumés absents (Voy. t. I, n° 404). Après s'être réfuté lui-même, Demolombe ajoute : « *Quoi qu'il en soit* j'appliquerais l'art. 131, et je dirais avec Pedius... (5) » Mais Pedius parlait à une époque ou le préteur pouvait faire la loi! Bien mieux il s'agirait des biens d'un véritable absent, que les envoyés en possession provisoire ne pourraient pas être privés par une nomination

(1) Voy. sur ce point PASCAUD, *Rev. crit.*, 1879, p. 9.
(2) *Contrà*, Paris, 21 avr. 1886, S. 87, 2, 203.
(3) GUILLOUARD, n° 475.
(4) T. II, n° 18.
(5) *Ibid.*

de séquestre de l'administration qui leur appartient (1). »

On a également soutenu que durant l'instance en divorce ou en séparation de corps les tribunaux pouvaient ordonner la mise sous séquestre des valeurs de la communauté (2). Nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit sur ce point (Voy. t. II, nos 357, 358). Nous nous bornerons à faire remarquer que, d'après la dernière jurisprudence, conforme aux principes que nous avons développés, les mesures conservatoires que la femme est autorisée à prendre ne peuvent aller jusqu'à dépouiller le mari de la gestion et de l'administration de la communauté, par la nomination d'un séquestre qui serait substitué au mari (3). Tout ce qu'elle peut obtenir c'est la nomination d'un séquestre chargé de la perception des revenus des meubles et immeubles à elle propres, à la charge d'acquitter les dettes exigibles qui grèvent ces biens, de verser entre ses mains les sommes à elle allouées à titre de provision *ad litem* ou alimentaire, et remettre le reliquat au mari (4).

273. La doctrine arbitraire que nous repoussons ne recule pas devant les conséquences extrêmes qu'elle entraîne forcément. Elle enseigne que les créanciers d'un débiteur en déconfiture, qui n'a pas pris la fuite, peuvent demander que les biens de celui-ci soient mis en séquestre, de façon que le dépositaire nommé soit chargé d'administrer au mieux des intérêts collectifs des créanciers, le patrimoine entier du débiteur, de faire les recouvrements, de poursuivre les débiteurs, de renouveler les inscriptions, etc. (5).

Ainsi donc ce qu'un créancier ne pourrait pas obtenir par

(1) Montpellier, 5 déc. 1894, D. 95, 2, 431.
(2) GUILLOUARD, n° 175.
(3) Lyon, 25 mai 1892, D. 92, 2, 135.
(4) Bordeaux, 11 juin 1893, D. 93, 2, 518.
(5) Voy. GARRAUD, *Revue pratique*, t. XLVII, p. 317 et suiv.; *Journ. des faillites*, 1882, p. 149; Conf. GUILLOUARD, n° 176.

l'exercice de la faculté que lui accorde l'art. 1166 (Voy. t. VII, nos 190 à 195), il pourrait l'obtenir sous une forme plus brutale au moyen d'une nomination de séquestre! Il pourrait, par l'intermédiaire d'un séquestre, s'ingérer dans l'administration et la gestion des affaires de son débiteur, dans le recouvrement de ses créances, etc.! C'est le renversement des principes les plus certains du droit. De ce qu'il en est ainsi en matière de faillite, ce n'est pas une raison pour qu'il en soit de même dans le cas de déconfiture. D'ailleurs si l'on pouvait ainsi enlever à un citoyen l'administration de son propre patrimoine, comment pourrait-on lui laisser toute autre administration dont il se trouverait investi? C'est ce qu'a parfaitement compris le Code espagnol de 1889 en réalisant cette prétendue réforme :

« La déclaration de déconfiture du débiteur, dit l'art. 1914 de ce Code, enlève à celui-ci l'administration de ses biens et toute autre administration dont il serait investi par la loi. »

On a cependant voulu justifier ces innovations en invoquant l'art. 1961 lui-même. Voici ce qu'on lit dans un arrêt :

« Que notamment, en cas de déconfiture du débiteur, la saisie et la réalisation de son actif devant suivre nécessairement la décision de la contestation principale en faveur du créancier, et *la chose que le créancier prétend se faire attribuer par le juge du fond* consistant forcément et en définitive dans les ressources que le débiteur peut encore offrir pour garantir tout ou partie de ses obligations, *c'est ce gage qui « en réalité » devient litigieux, qui forme le véritable objet du procès*, et c'est rester fidèle à l'esprit et même à la lettre de l'art. 1961, § 2, que d'ordonner la mise sous séquestre de valeurs dont il y a lieu de craindre la dissipation ou le détournement (1). » Cette décision où le sophisme apparaît dans tout son jour a été justement cassée par la

(1) Nancy, 26 fév. 1876, sous Cass. 10 juill. 1876, S. 76, 1, 405.

Cour suprême ainsi qu'une autre décision semblable enlevant à un débiteur l'administration de son patrimoine (1).

La Cour de cassation donne comme motifs de sa solution « que l'art. 1961 n'autorise pas les juges à placer sous séquestre le *patrimoine entier* d'un particulier non commerçant, fût-il en état de déconfiture, et que, à la différence de la faillite, la déconfiture ne dessaisit le débiteur ni de la disposition, ni de l'administration de ses biens. »

On a cru répondre à cette observation en disant : que le séquestre est un moyen plus efficace et moins coûteux que le dessaisissement, qu'il s'agit d'exercer un droit appartenant incontestablement aux créanciers le droit d'empêcher au moyen de saisie-exécution ou de saisie-arrêt le détournement des biens de leur débiteur (2). Mais précisément la question est de savoir si le créancier peut, au moyen d'un séquestre, éluder les dispositions qui lui permettent seulement d'agir par la voie d'une saisie.

274. Nous devons cependant faire encore certaines précisions :

Remarquons d'abord qu'il ne peut être question que d'un individu poursuivi comme débiteur. Or, pourquoi n'est-il pas possible de placer sous séquestre *le patrimoine entier* d'un débiteur non commerçant? C'est uniquement parce qu'il n'est pas possible de concevoir comment le patrimoine entier d'une personne vivante pourrait devenir l'objet d'un litige. Si, dans les cas de faillite et de contumace, la mesure du dessaisissement ou du séquestre s'étend à la totalité du patrimoine, c'est en vertu de considérations auxquelles l'idée de litige est demeurée tout à fait étrangère. C'est au contraire l'idée de litige qui domine dans la notion du séquestre proprement dit. Voilà pourquoi le séquestre ne peut con-

(1) Cass. 13 nov. 1889, S. 90, 1, 8; Voy. CHARMONT, *Rev. crit.*, 1891, *Exam. doctr.*, p. 79.

(2) GUILLOUARD, n° 176.

cerner que des objets individuellement considérés, car, à l'égard de ces objets, on peut concevoir un litige portant soit sur la propriété, soit sur la possession.

On peut encore concevoir un litige portant sur le patrimoine entier d'un homme mort, c'est-à-dire sur une succession, car ce patrimoine entier constitue un élément particulier du patrimoine de celui qui se prétend héritier.

275. Le séquestre peut donc être réclamé par celui qui se prétend propriétaire ou possesseur, soit d'une chose, soit d'une succession.

Celui qui se prétend simplement créancier peut-il obtenir, *de plano*, le séquestre d'une chose appartenant à son débiteur, sous prétexte qu'il a un droit de gage sur cette chose, et que sa réclamation comme créancier rend le gage litigieux? Il n'y a pas à insister sur l'absurdité d'une telle prétention. Le créancier qui veut agir sur le gage doit procéder par voie de saisie; il obtiendra ainsi que le gage soit placé sous la surveillance d'un gardien ou dépositaire judiciaire, mais il ne peut arriver au dépôt judiciaire sans la formalité préalable de la saisie.

Tels sont les principes qui gouvernent la matière. La Cour de Paris les a nettement aperçus et judicieusement appliqués dans une hypothèse où il s'agissait d'une demande en délivrance de legs. Elle a décidé que l'action du légataire particulier auquel il a été légué de l'argent constitue la réclamation d'un créancier et n'a point les caractères d'une action en revendication; que par suite la demande en délivrance de ce legs ne saurait rendre la succession litigieuse, et qu'il n'y a pas lieu de placer sous séquestre les biens qui en dépendent (1). La même Cour déclare que la prétention du légataire d'un immeuble d'obtenir la mise sous séquestre de cet immeuble doit également être repoussée tant qu'il n'a

(1) Paris, 9 janv. 1895, D. 96, 2, 272.

pas formé sa demande en délivrance. Pourquoi? Parce que, dans ce cas, l'immeuble légué ne peut pas encore être considéré comme litigieux.

276. Quand il y a conflit entre un légataire universel et des héritiers, la succession devient véritablement litigieuse, et l'envoi en possession obtenu par un légataire universel en vertu d'un testament olographe, ne mettra pas obstacle à ce que, sur la demande en nullité du testament formée par les héritiers, un séquestre soit nommé pour administrer la succession (1). (Voy. t. VI, n° 280.)

Si le conflit existe entre des héritiers réservataires et des tiers donataires, les objets donnés par le *de cujus* et revendiqués par les héritiers à réserve devront être considérés comme litigieux lorsque la quotité disponible étant notoirement dépassée, il est certain que ces objets devront pour une assez grande portion revenir en nature aux revendiquants (2).

Enfin le conflit peut se produire entre cohéritiers. Il se traduit alors par l'exercice de l'action en partage et peut porter sur la consistance de la succession, les rapports ou prélèvements à effectuer, la composition des lots, etc. Cela suffit pour rendre la succession litigieuse, et un séquestre pourra être nommé (3).

277. Le caractère litigieux d'une chose permettant de la placer sous séquestre pourra encore résulter de l'exercice d'une action en nullité, en rescision ou en résolution (4).

Mais les difficultés qui peuvent s'élever entre un bailleur et le preneur au sujet de l'exécution des clauses du bail ne sauraient rendre litigieuses la propriété ou la possession soit

(1) Chambéry, 20 nov. 1888, Comp. Angers, 26 juin 1889, S. 89, 2, 237.

(2) Paris, 17 avr. 1894, D. 95, 2, 278.

(3) Voy. LAURENT, t. XXVII, n° 175.

(4) *Ibid.*, n° 176.

de la chose louée, soit des objets placés dans cette chose. La Cour de Paris a jugé que le propriétaire d'un immeuble loué pour l'exercice d'un commerce est fondé à demander que les marchandises placées dans les locaux ne puissent être enlevées et vendues sans que son droit sur le prix soit sauvegardé, lorsque le locataire annonce l'intention de vendre toutes les marchandises garnissant les locaux loués sans les remplacer. Tout cela est exact. Mais la Cour a tort d'ajouter, par le motif que le privilège du bailleur frapperait ces marchandises, qu'il y a lieu en pareil cas de nommer un séquestre chargé de percevoir le prix de vente de ces marchandises jusqu'à concurrence d'une somme suffisante pour faire face à l'exécution des clauses du bail (1). C'est le même sophisme que nous avons déjà rencontré quand il s'agissait de savoir si on pouvait placer sous séquestre le patrimoine entier d'un débiteur en déconfiture. Le bailleur agissant comme créancier a, pour sauvegarder ses droits, des moyens autres que la nomination d'un séquestre.

A plus forte raison, si le créancier ne cherche pas à faire valoir un droit de gage, il ne saurait être question de séquestre. Ainsi un entrepreneur de publicité, chargé par le concessionnaire et le Comité d'organisation d'une loterie autorisée, du placement des billets, concluant simplement au principal, à la résiliation du mandat des membres du Comité avait cru pouvoir demander en référé le remplacement du Comité par un séquestre. Cette singulière prétention a été justement repoussée (2).

278. Le séquestre judiciaire peut être ordonné soit par le tribunal saisi de la contestation principale, soit par le juge des référés dans les cas où la loi permet de recourir à cette mesure. Mais comme cette mesure se rattache à la juridic-

(1) Paris, 25 avr. 1886, S. 87, 2, 203.
(2) Nancy, 31 oct. 1885, D. 87, 2, 4.

tion contentieuse, elle ne pourrait pas être ordonnée par le président du tribunal sur simple requête (1).

A qui les fonctions de séquestres peuvent-elles être confiées?

ART. 1963. Le séquestre judiciaire est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge. — Dans l'un et l'autre cas, celui auquel la chose a été confiée, est soumis à toutes les obligations qu'emporte le séquestre conventionnel.

Les parties ont le droit de s'entendre sur le choix de la personne à qui le séquestre sera confié; la désignation faite par le juge n'est que subsidiaire pour le cas où les parties ne se mettront pas d'accord sur ce point, comme quand il s'agit de nommer des experts (art. 304, 305, C. pr. c.) (2).

Nul ne peut être forcé de remplir malgré lui les fonctions de séquestre judiciaire (3). Cela est vrai même pour les personnes inscrites sur la liste des administrateurs agréés par un tribunal. Cette inscription qui ne saurait les assimiler à des officiers ministériels, n'a pas pour effet de les soustraire à l'application du droit commun (4). Par conséquent, l'administrateur, nommé séquestre, n'encourt aucune responsabilité vis-à-vis de la partie qui a provoqué sa nomination, à raison de son refus d'exécuter l'ordonnance qui l'a nommé, tant que cette ordonnance n'aura pas acquis l'autorité de la chose jugée (5).

279. Les pouvoirs de celui qui est désigné comme séquestre, sont en général déterminés par la décision qui le nomme. Dans cette détermination, les juges ne doivent pas perdre de vue : « Que le séquestre judiciaire a pour but unique la conservation d'une chose litigieuse, soit d'une chose affectée à la garantie des obligations d'un débiteur

(1) Riom, 6 déc. 1878, D. 80, 2, 3; GUILLOUARD, n° 179.
(2) GUILLOUARD, n° 181, 1; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 181.
(3) Paris, 6 mars 1890, sous Cass. 29 janv. 1891, D. 91, 1, 395.
(4) Paris, 19 janv. 1889, S. 89, 2, 230.
(5) *Ibid.*

(ceci n'est vrai qu'en cas de saisie); que ce séquestre peut seulement autoriser celui qui en est chargé à faire les actes d'administration nécessaires à la conservation de la chose séquestrée (1), » et même à consentir des baux de courte durée (2), qui devront être exécutés par la partie à qui la chose séquestrée sera finalement remise (3). Par baux de *courte durée*, il ne faut pas entendre les baux de neuf années que peuvent faire normalement les administrateurs ordinaires de la fortune d'autrui. Il s'agit de baux plus courts, tels que peut les faire celui qui n'a qu'une administration provisoire. L'art. 31 de la loi du 30 juin 1838 qui fixe à trois années la durée des baux des biens d'un aliéné placé dans un établissement, faits par l'administrateur désigné par la commission administrative, peut fournir à cet égard une indication, mais rien de plus (4).

La personne chargée du séquestre a droit à un salaire (5), lequel sera taxé, si le séquestre a été ordonné au cours d'un litige, par un des juges qui a connu du litige, plutôt que par un membre du tribunal qui a ordonné le séquestre (6).

Pour le paiement de ces frais et honoraires, celui qui a été nommé séquestre a une action *in solidum* contre toutes les parties, comme dans le cas plus haut examiné de séquestre conventionnel. S'il a fait des dépenses ou avances pour la garde ou la conservation de la chose séquestrée, il en réclamera le remboursement à la partie qui obtiendra la remise de la chose. On décide que les fournisseurs ou ouvriers employés par le séquestre auront une action directe contre

(1) Cass. 17 janv. 1855, S. 55, 1, 97; Comp. Lyon, 18 avr. 1874, D. 76, 2, 195.
(2) Cass. 26 avr. 1893, D. 94, 2, 556.
(3) Rennes, 23 déc. 1818, S. C. N. V, 2, 434.
(4) Comp. GUILLOUARD, n° 182.
(5) Caen, 23 juill. 1878, S. 79, 2, 15.
(6) Angers, 12 fév. 1868, sous Cass. 22 août 1871, S. 71, 1, 228.

cette partie (1). La jurisprudence admet même invariablement que la créance de ces fournisseurs doit être privilégiée comme rentrant dans les frais de justice prévus par l'art. 2102 1° (2). Mais cela est contestable.

La disposition du 3e paragraphe de l'art. 400, C. pén., qui punit le détournement des objets saisis, est applicable au séquestre judiciaire (3).

Celui-ci, dans la garde de la chose qui lui a été confiée, est responsable dans les limites du droit commun. Il ne sera jamais tenu de la faute légère *in concreto*, car il ne s'agit pas d'un véritable dépôt, et les art. 1927 et 1928 ne sont pas applicables. Il est tenu de la faute légère *in abstracto*. Cette faute sera appréciée par le juge avec plus ou moins de rigueur suivant que le séquestre doit recevoir un salaire ou ne doit pas en recevoir, parce qu'il aurait accepté la garde de la chose pour rendre un service gratuit. Mais il n'est pas permis de poser en principe comme l'a fait un tribunal, que le séquestre, dans ce dernier cas, doit seulement répondre de sa faute lourde (4).

280. D'après les art. 596 et 597, C. pr. civ., en matière de saisie mobilière un gardien des objets saisis sera établi par l'huissier, soit choisi par celui-ci, soit sur la présentation de la partie saisie.

C'est à ce gardien, dont l'établissement est obligatoire, que fait certainement allusion l'art. 1961 1° quand il déclare que la justice peut ordonner le séquestre des biens saisis sur un débiteur.

C'est ce qui résulte manifestement du texte suivant :

(1) Bordeaux, 27 juill. 1830, S, 31, 2, 79.

(2) Cass. 18 mai 1882, S. 82, 1, 57; Cass. 30 mars 1886, *Pand. franç.*, 87, 1, 256.

(3) Cass. 8 nov. 1894, D. 96, 1, 55.

(4) Trib. Saint-Lô, 12 fév. 1886, *Pand. franç.*, 87, 2, 138; Conf. GUILLOUARD, n° 186.

ART. 1962. L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter pour la conservation des effets saisis les soins d'un bon père de famille. — Il doit les représenter, soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites, en cas de mainlevée de la saisie. — L'obligation du saisissant consiste à payer au gardien le salaire fixé par la loi.

C'est le dépôt judiciaire décrit dans la disposition qui précède qui est obligatoire. Mais le séquestre proprement dit demeure facultatif. Il faut observer, en effet, que le gardien n'administre pas, et n'a que la garde des objets saisis. Si donc il apparaissait que quelques mesures d'administration sont nécessaires, la justice pourrait remplacer le gardien par un véritable séquestre, et confier les fonctions de séquestre au gardien déja établi ou à toute autre personne qui alors aurait également la qualité de gardien. C'est ainsi que l'art. 594, C. pr. civ., décide que dans le cas de saisie d'animaux, et d'ustensiles servant à l'exploitation des terres, le juge de paix pourra, sur la demande du saisissant, le propriétaire et le saisi entendus ou appelés, établir un gérant à l'exploitation. Ce gérant n'est autre chose qu'un gardien.

La responsabilité du gardien est celle du droit commun; elle est appréciée *in abstracto* avec plus ou moins de rigueur suivant qu'il reçoit ou ne reçoit pas un salaire (1).

L'huissier n'a pas à donner aux gardiens qu'il établit des instructions quelconques pour la surveillance des objets saisis (2). Le gardien n'est pas d'ailleurs le préposé de l'huissier; il est censé avoir contracté avec le saisissant dans l'intérêt duquel la saisie a été faite.

Il a droit au salaire fixé par le tarif du 16 février 1807. Ce salaire est dû même au saisi quand il a été constitué gardien sur le procès-verbal de la saisie pratiquée à son préjudice (3).

(1) ARNTZ, t. IV, n° 1433; GUILLOUARD, n°s 194, 195.
(2) Trib. Verviers, 21 mai 1884, *Cl. et B.*, 85, 276.
(3) Trib. Marche, 21 mars 1857, *Cl. et B.*, 57-58, 500.

Il y a encore dépôt judiciaire quand la justice ordonne le séquestre de choses autres qu'une somme d'argent qu'un débiteur offre pour sa libération. S'il s'agit d'un corps certain on applique littéralement l'art. 1264. S'il s'agit de choses indéterminées, autre qu'une somme d'argent, les offres sont nécessaires, et en cas de refus du créancier, le débiteur s'adressera à la justice qui indiquera le lieu où les choses offertes doivent être déposées (Voy. t. VIII, n° 98).

APPENDICE AU TITRE ONZIÈME.

N° 1. — Règles de Droit international privé.

281. — Loi à appliquer. Intention des parties.
282. — De la preuve en cas de dépôt nécessaire.
283. — Responsabilité des hôteliers et aubergistes.
284. — Du séquestre ou dépôt judiciaire.

281. Comme tous les autres contrats, le dépôt soit volontaire, soit nécessaire est régi, en vertu de la volonté présumée des parties, par la loi en vigueur au lieu où le contrat a été conclu. Nous n'avons pas d'observations particulières à présenter à cet égard, car au point de vue juridique le dépôt n'offre aucun caractère bien saillant.

Précisément à cause de cette particularité, que le dépôt est gouverné par des règles dérivant plutôt de sa nature intrinsèque que du milieu dans lequel il se produit, on a pu soutenir que la loi française, qui est en général l'expression de ces règles, pouvait être appliquée que le contrat ait été ou non passé sous l'empire de la loi française. Ainsi, par exemple, l'art. 1929 qui affranchit le dépositaire de toute responsabilité dans le cas d'accident de force majeure, devrait, ce semble, recevoir son application quand même le dépôt aurait été effectué sous l'empire d'une loi muette sur ce point (1).

Mais comme les parties ont parfaitement le droit de renoncer à la disposition formant en France l'objet de l'art. 1929, il pourrait se faire que lorsqu'elles ont traité sous l'empire d'une loi ne contenant ni n'excluant aucune prescription de

(1) Brocher, *Cours de Dr. int. pr.*, t. II, p. 262.

ce genre, elles n'aient pas eu la volonté de la suppléer. Il faudra donc toujours, en définitive, rechercher quelle a été leur intention. Il n'est pas possible en effet de considérer la décision consacrée par l'art. 1929 comme étant une disposition d'ordre public international à laquelle il ne serait pas possible de déroger.

282. Mais dans le dépôt nécessaire certaines dispositions paraissent s'imposer avec un caractère d'ordre public ou plutôt d'intérêt général. Ainsi quelle que soit la loi qui régisse le dépôt, la preuve testimoniale que permet l'art. 1950 doit être recevable en France, non seulement en ce qui concerne le fait même du dépôt, mais encore pour ce qui touche à la nature et à la valeur des choses déposées.

Quant à la responsabilité des hôteliers et aubergistes pour les effets apportés par les voyageurs, les dispositions des art. 1952 et suiv. constituent une loi de police qui est toujours applicable sur le territoire, quelle que soit la nationalité des parties, et dont les étrangers peuvent invoquer le bénéfice (1). (Voy. t. I, n° 112).

Pour le séquestre ou le dépôt judiciaire, il faut appliquer la *lex rei sitæ*. La matière peut en effet être rattachée aux règles ayant trait aux voies d'exécution sur les biens.

Les fonctions de séquestre ou de dépositaire judiciaire peuvent être confiées par l'autorité compétente à tout individu, quelle que soit d'ailleurs sa nationalité.

A cet égard, il a été jugé qu'un tribunal français appelé à nommer un séquestre ne devait pas désigner comme dépositaire un établissement étranger qui, par sa situation et sa constitution, ne pourrait pas, le cas échéant, être promptement ramené à l'exéution des lois françaises (2). Ce n'est là qu'un conseil et non un précepte. Les parties doivent en effet

(1) VINCENT et PÉNAUD, *Dict. de Dr. int. pr.*, v° *Dépôt*, n° 6.
(2) Lyon, 21 nov. 1877, *Jurispr. Lyon*, 1878, 20.

subir le contre-coup des circonstances dans lesquelles se produit le litige qui les divise. Elles auront, s'il y a lieu, à se pourvoir suivant les règles établies en pays étrangers pour obtenir l'exécution des décisions rendues par la juridiction française.

N° 2. — Règles fiscales.

285. — Distinction entre les dépôts effectués chez les officiers publics et les dépôts faits chez les particuliers.
286. — Sens du mot *dépôt* en droit fiscal.
287. — Condition des notaires à ce point de vue; Décret du 30 juin 1890.
288. — Dépôt de sommes chez les particuliers.
289. — Dépôt d'autres objets mobiliers chez les particuliers.
290. — Du timbre.
291. — Dépôt d'actes ou de pièces.
292. — Décharge donnée aux officiers publics.
293. — Décharge donnée aux particuliers dépositaires.
294. — Du séquestre.

285. La loi du 22 frimaire an VII (art. 68, § 1, n° 27), soumet au droit fixe de 1 franc (aujourd'hui 3 francs, L. du 28 fév. 1872, art. 4), les dépôts et consignations de sommes et effets mobiliers chez les officiers publics, lorsqu'ils n'opèrent pas la libération des déposants. Mais elle assujettit au droit proportionnel de 1 pour 100 les reconnaissances de dépôts de sommes chez les particuliers (art. 69, § 3, n° 3).

On doit considérer comme officiers publics au point de vue qui nous occupe : les avocats à la Cour de cassation, les notaires, avoués, greffiers, huissiers, commissaires-priseurs, agents de change et courtiers en titre d'office. Les consuls, secrétaires des administrations municipales et départementales, trésoriers-payeurs généraux et receveurs des finances, tous les susnommés quand ils ont agi en leur qualité officielle, et que les déposants n'ont pas stipulé un intérêt, car alors il y aurait un prêt, ou obligation de sommes soumis au droit de 1 franc pour 100.

Ainsi un notaire fait une vente, et en retient le prix à la charge d'acquitter une rente viagère due par le vendeur, et de rendre le capital à l'extinction de cette rente. Ce n'est pas là un dépôt puisque le prix de la vente doit porter intérêt, et que le vendeur n'est pas libre de la retirer à volonté. Ce n'est pas davantage un séquestre conventionnel, dans le sens de l'art. 1956, puisque le séquestre suppose toujours une chose litigieuse. Il y a donc simplement de la part du notaire, obligation de sommes sujettes au droit de 1 pour 100 (1).

286. On est généralement d'accord pour reconnaître que le mot *dépôt* au point de vue fiscal, ne doit pas être pris dans le sens restreint et rigoureux que lui donnent les art. 1915 et suiv. La remise des sommes à un officier public ne cesserait pas d'avoir le caractère d'un dépôt, par cela seul que cet officier serait implicitement ou explicitement autorisé à confondre les deniers par lui reçus avec les autres fonds de sa caisse, et par suite dispensé de les rendre identiquement selon l'expression de l'art. 1932 (2).

287. Il faut tenir compte, à cet égard, de la condition faite aux notaires par le décret du 30 janvier 1890. D'après l'art. 1er de ce décret, indépendamment des prohibitions énoncées dans l'ordonnance du 4 janvier 1843, il est interdit aux notaires :

1° De recevoir ou conserver des fonds, à charge d'en servir l'intérêt:

2° D'employer, même temporairement, les sommes ou valeurs dont ils sont constitués détenteurs à un titre quelconque, à un usage auquel elles ne seraient pas destinées;

3° De retenir, même en cas d'opposition, les sommes qui doivent être versées par eux à la Caisse des dépôts et consi-

(1) GARNIER, *Répert. gén.*, v° *Dépôt*, n° 55.
(2) Cpr. DEMANTE, *loc. cit.*, n° 534.

gnations dans les cas prévus par les lois, décrets ou règlements;

4° De faire signer des billets ou reconnaissances en laissant le nom du créancier en blanc;

5° De laisser intervenir leurs clercs sans un mandat écrit, dans les actes qu'ils reçoivent.

D'après l'art. 2 du même décret, les notaires ne peuvent conserver pendant plus de six mois les sommes qu'ils détiennent pour le compte de tiers, à quelque titre que ce soit. Toute somme qui, avant l'expiration de ce délai n'a pas été remise aux ayants droit, sera versée par le notaire à la Caisse des dépôts et consignations. Toutefois les notaires peuvent conserver ces fonds pour une nouvelle période n'excédant pas six mois sur la demande écrite des parties intéressées. La demande ne peut être adressée au notaire que dans le mois précédant l'expiration du délai fixé par le paragraphe 1er. Les notaires doivent donner immédiatement avis à la chambre de la demande qui leur aura été adressée.

Il résulte de ces dispositions que les notaires ne peuvent recevoir ou conserver les fonds qui leur sont remis qu'à titre de dépositaires, sans pouvoir les employer, ou bien à titre de mandataires, pour leur donner la destination indiquée par les parties. Dans ces deux cas, il n'y a pas lieu à la perception du droit proportionnel. Cette perception dans les cas où le décret du 30 janvier 1890 est applicable serait contraire à l'esprit du règlement dont il s'agit (1).

288. Quand il s'agit d'un dépôt de sommes chez des particuliers, comme il serait très facile de dissimuler un prêt sous la forme d'une reconnaissance de dépôt, la loi assimile les deux opérations et les soumet au même tarif de 1 0/0.

Ce n'est pas le dépôt de sommes, mais la reconnaissance

(1) *Pand. franç., Répert.*, v° *Dépôt*, n° 533.

d'un tel dépôt, résultant de tout acte pouvant former titre contre le dépositaire qui rentre dans les termes du tarif fiscal. Ainsi un exploit signifié à la requête du dépositaire est passible du droit proportionnel quand il contient l'aveu du dépôt (1).

289. A la différence du dépôt de sommes, le dépôt d'effets mobiliers chez les particuliers n'est pas spécialement tarifé. Ce contrat est, par conséquent, soumis aux principes généraux de la législation fiscale, et comme il n'a rien de translatif il n'est passible que du droit fixe. Cette solution doit notamment s'appliquer au dépôt de titres au porteur individualisés par leurs numéros (2).

290. En ce qui concerne le timbre, il résulte d'un avis du Conseil d'Etat du 20 mars 1808, approuvé le 1er avril suivant, que les reconnaissances de dépôt échappent à l'application du timbre proportionnel établi par l'art. 6 de la loi du 6 prairial an VII, que le dépôt soit effectué chez un officier public ou chez un particulier, que la reconnaissance soit contenue dans un acte authentique ou dans un acte sous seing privé.

Mais ces reconnaissances sont-elles soumises au timbre de dimension ou au timbre spécial de 0 fr. 10 établi pour les reçus par l'art. 18 de la loi du 23 août 1871?

Il n'y a de question que pour les reconnaissances sous signature privée, car pour celles qui ont été constatées par acte authentique, il a été nécessairement fait usage de papier timbré de dimension. En ce qui touche les reconnaissances sous seing privé, la Cour de cassation décide que le tarif de 0 fr. 10 étant spécial aux reçus libératoires, les reconnaissances de dépôt ne sauraient en profiter (3). La Régie paraît admettre une opinion différente (Sol. 19 mars 1872).

(1) Trib. Seine, 15 janv. 1845, *J. E.*, 13934 2°.
(2) Trib. Seine, 26 juin 1891, *J. E.*, 23931.
(3) Cass. 7 mars 1887, *Rép. pér.*, GARNIER, n° 6831.

291. En ce qui touche les dépôts d'actes ou de pièces, il faut noter que les notaires, greffiers, huissiers, secrétaires ou autres officiers publics, ne peuvent recevoir un acte en dépôt si cet acte n'a été préalablement enregistré, à peine d'une amende de 10 francs, et de répondre personnellement du droit (L. 22 frim. an VII, art. 41, 42; L. 16 juin 1824, art. 10). Il en est de même pour les actes passés en pays étranger ou dans les colonies.

Les notaires cependant ont la faculté de ne présenter à l'enregistrement qu'en même temps que l'acte de dépôt par eux dressé, l'acte sous signature privée qui a été déposé. Mais dans ce cas, ils demeurent personnellement responsables, non seulement des droits d'enregistrement et de timbre, mais encore des amendes auxquelles cet acte peut être sujet (L. 16 juin 1824, art. 13).

Il est encore défendu aux notaires ou greffiers, sous peine d'une amende de 10 francs en principal, de recevoir aucun acte en dépôt (pour être placé au rang des minutes) sans dresser acte de dépôt. Sont exceptés toutefois les testaments déposés chez les notaires par les testateurs (L. 22 frim. an VII, art. 43; L. 16 juin 1824, art. 10).

292. Dans le cas de dépôt et consignations de sommes chez les officiers publics, les décharges qu'en donnent les déposants ou leurs héritiers, lorsque la remise des objets déposés leur est faite, ne donne lieu qu'au droit fixe aujourd'hui de 3 francs (L. 22 frim. an VII, art. 68, § 1er, n° 27). Il doit en être ainsi, quand même il s'agirait de sommes que l'officier public a pu confondre avec les autres deniers contenus dans sa caisse. Sans doute, en pareille hypothèse, il y a, par la force des choses, transfert de la propriété au profit du déposant de la part du dépositaire, puisque celui-ci était devenu propriétaire des deniers à lui confiés, et qu'il n'en opère pas la restitution *in specie*, mais il n'y avait pas lieu de pousser à l'extrême, pour imposer un droit de quit-

tance, les conséquences d'une transmission opérée dans de telles conditions (1).

293. Pour les dépôts de sommes chez les particuliers, nous avons vu que la loi de frimaire applique le même tarif que pour les obligations. La doctrine en conclut généralement que les décharges de ces dépôts donnent ouverture au droit de quittance (2). Mais ce point est contesté (3), car en matière d'impôts on ne saurait raisonner par analogie. Il faudrait un texte qui, dans l'espèce, n'existe pas. C'est donc le droit fixe qui devrait être perçu.

294. En cas de séquestre conventionnel, le droit fixe de 3 francs est seul dû, aussi bien pour les immeubles que pour des objets mobiliers ou même une somme d'argent. Peu importe que la remise soit faite entre les mains d'un officier public ou d'un particulier (4).

La décharge donnée au séquestre est également passible du droit fixe de 3 francs.

(1) NAQUET, t. II. n° 701 ; Comp. DEMANTE, n° 534.
(2) NAQUET, *loc. cit.*
(3) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, n° 1529.
(4) *Dict. d'enreg.*, v° *Séquestre*, n° 6.

TITRE DOUZIÈME.

DES CONTRATS ALÉATOIRES.

Généralités.

295. — Définition, énumération, art. 1964; critiques formulées contre le texte.
296. — Suite. Sens de l'expression « réciproque » employée dans l'art. 1964.
297. — Caractère de l'*alea*.
298. — Promesse non réciproque ne pouvant être confondue avec un pari.
299. — Suite.
300. — Il doit y avoir chance de gain et chance de perte pour chaque partie; adjonction possible d'une condition.
301. — Les contrats aléatoires sont-ils rescindables pour cause de lésion? Ils ne peuvent donner lieu à récompense dans le régime en communauté.
302. — De l'équivalence ou contre-partie dans les contrats aléatoires.

295. Il faut d'abord déterminer la place que le contrat aléatoire doit occuper dans la classification générale adoptée par le Code.

L'art. 1104 déclarait commutatif le contrat dans lequel chacune des parties s'engage à faire une chose considérée comme étant l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle. Il visait un échange de prestations. Mais, ajoutait-il, lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire. Il y a alors un échange de chances considérées comme égales entre elles. Il semble bien résulter de là que le contrat aléatoire est tou-

jours synallagmatique, puisque la loi le définit à propos d'un contrat qui, en l'absence d'*alea*, serait simplement commutatif.

Le Code ayant à s'occuper spécialement des contrats aléatoires, en donne une définition nouvelle, généralement considérée comme inexacte, de laquelle il semblerait résulter que le contrat aléatoire pourrait ne présenter de chances incertaines qu'à l'égard de l'une des parties, ce qui semble impossible (Voy. t. VII, n° 6).

En effet, d'après cette nouvelle définition :

ART. 1964. Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. — Tels sont : — Le contrat d'assurance; — Le prêt à grosse aventure; — Le jeu et le pari; — Le contrat de rente viagère. — Les deux premiers sont régis par les lois maritimes.

On pourrait dire, il est vrai, que l'art. 1104 vise seulement l'élément aléatoire du contrat, lequel doit exister pour chacune des parties, et que l'art. 1964 s'applique aux avantages certains, pouvant résulter du même contrat, mais qui existent tantôt pour une seule des parties, tantôt pour les deux (1). Mais cet aperçu est manifestement contraire au texte bien positif de l'art. 1964, qui affirme la possibilité d'un contrat ne présentant d'*alea* que d'un seul côté.

296. On critique encore l'expression *réciproque*, introduit dans l'art. 1964, par le motif que : « toutes les conventions sont réciproques, même dans les contrats unilatéraux, puisqu'elles consistent dans un concours de volonté de deux ou de plusieurs dans un but déterminé, *duorum vel plurium*... (2) ». Mais cela ne veut rien dire; c'est comme si l'on déclarait qu'un *duo* est réciproque! L'expression réciproque a un autre sens : quand on parle de contrats ou de conven-

(1) AUBRY et RAU, § 341, texte et note 4; GUILLOUARD, *Traité des contrats aléatoires*, n° 6.

(2) GUILLOUARD, *loc. cit.*, n° 8.

tions réciproques, on fait allusion aux engagements que les parties peuvent prendre réciproquement les unes envers les autres, de telle sorte que la prestation mise à la charge de l'une des parties soit la contre-valeur de la prestation mise à la charge de l'autre. Le plus souvent l'opération se produit sous la forme d'un contrat synallagmatique. C'est donc comme si le législateur s'exprimant comme il l'avait déjà fait dans l'art. 1102 avait voulu énoncer cette idée que, *en principe*, le contrat aléatoire est synallagmatique.

Mais cela n'est pas toujours vrai, et on peut concevoir un contrat aléatoire, c'est-à-dire présentant pour chaque partie chance de gain ou de perte, et qui cependant serait unilatéral. On peut citer immédiatement la constitution de rente viagère moyennant l'abandon d'une somme d'argent, contrat, dans lequel une seule partie demeure obligée, l'autre ayant tout d'abord réalisé sa prestation.

297. Ceci nous conduit à rechercher quel est le véritable caractère juridique de *l'alea*.

Faut-il qu'il y ait, à la fois, pour chaque partie chance de gain et chance de perte; ou suffit-il qu'il y ait chance de gain pour l'une des parties, et, par voie de corrélation, chance de perte pour l'autre?

Ainsi, par exemple, un mécanicien a fait insérer dans les journaux la promesse de payer une somme d'argent à celui qui parviendrait à ouvrir un coffre-fort exposé au public, et dont les combinaisons rendent, d'après le promettant, le meuble incrochetable. Un individu se présente, déclare accepter la promesse et se met à l'œuvre pour ouvrir le coffre-fort. Quelle est la situation respective des parties? Le mécanicien risque de perdre la somme promise, mais il n'a rien à gagner. Le tiers qui a accepté la promesse a une chance de gagner la somme promise mais il ne court aucun risque. Il faut observer, en outre, que, suivant la formule qui a été employée, la somme ne semble pas avoir été promise

à titre de rémunération d'un travail à effectuer; elle apparaît plutôt comme élément d'un pari, comme si le fabricant avait dit : je parie telle somme que personne ne pourra ouvrir mon coffre-fort. Si le tiers qui s'est présenté avait répondu : je tiens le pari; c'est-à-dire, je parie une somme égale que j'ouvrirai le coffre-fort, il n'y aurait aucune difficulté, et le contrat intervenu entre les parties serait certainement un contrat aléatoire constituant un pari et, remarquons-le, un pari *réciproque*. Or, nous verrons bientôt que la loi n'accorde aucune action pour le paiement d'un pari (art. 1965).

298. Mais on suppose que le tiers a seulement accepté la promesse faite, sans parier de son côté, c'est-à-dire sans s'obliger à rien. Dans ce cas, il n'y a pas de promesse *réciproque*. La convention envisagée ne rentre donc pas dans la définition donnée par l'art. 1964, et quoiqu'elle contienne une *alea*, elle ne constituera pas le contrat aléatoire défini par la loi. C'est ce qui a été décidé pour l'espèce qui vient d'être examinée (1). (Voy. t. VII, n° 16.) Par conséquent, puisque la convention n'est pas un pari dans le sens de la loi, elle sera obligatoire, et le fabricant sera obligé de payer si l'autre partie réussit à ouvrir le coffre.

Ainsi donc celui qui réussira à ouvrir le coffre ne pourra obtenir le paiement promis que s'il n'a rien promis lui-même, que s'il ne s'est soumis à aucun risque. Mais s'il a relevé le pari, s'il s'est lui-même soumis à un risque, sa condition qui semblerait devoir être meilleure est devenue plus mauvaise; il ne pourra rien réclamer.

Cela paraît singulier, et il faut rendre compte de cette différence.

Quand un industriel affirmant l'excellence de la chose qu'il met en vente, offre de payer une certaine somme à celui qui, par un fait positif déterminé, prouvera l'existence d'un

(1) Trib. comm. Liège, 24 déc. 1888, *Cl. et B.*, 89, 338.

certain défaut dans la chose offerte au public, il n'y a pas là nécessairement, quels que soient les termes employés, les éléments d'un pari. On peut y voir un appel à la sagacité des hommes compétents, pour rechercher et découvrir certains défauts de la chose en vue d'en rendre le perfectionnement ou l'amélioration plus facile. Les hommes compétents dont il s'agit sont ainsi provoqués à effectuer un travail dont la large rémunération leur est promise.

Ce procédé a été employé, dit-on, par certains éditeurs fameux qui exposaient en public les feuilles sorties de leurs presses, offrant de payer une certaine somme pour chaque faute d'impression qui serait signalée.

299. Mais si tel est le caractère de l'offre ainsi faite au public, et si l'acceptation pure et simple d'une telle offre peut engendrer entre les parties un rapport obligatoire, comment peut-il se faire que l'acceptation de cette offre ne produise aucun effet obligatoire si elle est compliquée d'un pari réciproque. Est-ce que le caractère, supposé sérieux, de l'offre pourrait être modifié par cette circonstance qu'elle aurait été acceptée dans la forme d'un pari contraire? On peut d'abord répondre que l'observation est oiseuse, attendu que celui qui peut prétendre à bénéficier d'une chance favorable sans courir aucun risque, n'ira pas bénévolement se soumettre à un risque qui n'améliore en aucune façon sa condition. D'un autre côté, pour que le contrat se forme, il faut que la réponse concorde avec la demande. Or la demande contenait simplement l'offre de payer une certaine somme si..... L'acceptation doit être affirmative, purement et simplement. Si elle est compliquée par la proposition d'un par contraire, l'auteur de l'offre qui d'abord n'avait pas voulu spéculer sur une *alea*, abandonne, s'il accepte cette proposition, le terrain qu'il avait d'abord choisi, pour se placer sur celui du pari *réciproque*, que la loi n'a pas voulu sanctionner.

300. D'après les investigations qui précèdent, on serait donc conduit à décider que le contrat aléatoire dont parle l'art. 1964 devant résulter d'une convention réciproquement obligatoire, ne peut être qu'un contrat synallagmatique, et qu'il doit présenter à la fois pour chacune des parties chance de gain et chance de perte résultant d'un fait incertain; mais il n'y a de vrai que ce dernier aperçu. Ce contrat, comme nous l'avons déjà dit, consiste dans un échange de deux chances opposées dont l'une est l'équivalent de l'autre. Et il importe d'observer que la convention qui a trait à cet échange peut intervenir alors que l'une des parties a déjà accompli les prestations qui lui compétaient, de sorte que l'autre partie reste seule obligée à accomplir les siennes. Cela revient à dire qu'en définitive le contrat peut apparaître comme unilatéral. C'est ce qui a lieu dans le cas d'une rente viagère constituée moyennant l'abandon d'un capital en argent.

On dit, mal à propos, que le contrat est aléatoire lorsque l'équivalent ne sera connu que par l'événement envisagé (1). C'est confondre le résultat matériel de l'événement avec les chances d'ores et déjà connues des parties, mais diversement appréciées par elles. Le résultat matériel de l'événement envisagé peut d'ailleurs être immédiatement connu; il l'est toujours dans le jeu et le pari.

Ce qu'il faut remarquer c'est que l'événement envisagé n'exerce aucune influence sur la formation du droit qui n'est pas tenue en suspens comme dans la condition; suivant l'intention des parties, il donne immédiatement à chacune d'elles une chance de gain et de perte. Dans cette limite les parties sont liées définitivement. On peut concevoir cependant qu'un contrat aléatoire par lui-même soit en même temps conditionnel. C'est ce qui a lieu dans le cas de vente

(1) GUILLOUARD, *loc. cit.*, n° 5.

de la récolte future d'un champ, moyennant un prix actuellement arrêté, mais à la condition qu'il y ait une récolte quelconque, grande ou petite. On prétend que dans le cas où un individu vend ses droits successifs en garantissant leur existence, le contrat est conditionnel, et subordonné, *quant à sa formation*, à la reconnaissance, chez le vendeur, de la qualité d'héritier du *de cujus* (1). C'est là une erreur : le vendeur de droits successifs garantit toujours sa qualité d'héritier. Les résultats de la liquidation à faire peuvent être incertains, mais la propriété des biens héréditaires est transférée au moment même de la convention (Voy. t. X, n° 235).

301. L'intérêt qui s'attache à la distinction faite entre les contrats aléatoires et les contrats simplement commutatifs, consiste en ce que les premiers n'admettent pas la rescision pour cause de lésion (Voy. t. VII, n° 6). Mais ce n'est là qu'une règle de fait. Si le calcul de la lésion n'est pas rendu absolument impossible par la présence d'une *alea*, il faudra y procéder (Voy. t. X, n° 191).

Il faut encore observer que certains contrats aléatoires peuvent produire des conséquences indirectes à l'égard de personnes qui n'y ont pas été parties. Nous voulons parler de certaines aliénations faites par un conjoint marié sous le régime de la communauté. D'après une opinion que nous avons adoptée, les opérations de ce genre, influencées par un élément aléatoire, ne donneront pas lieu à récompense pour ou contre la communauté (Voy. t. IX, n° 209).

302. Dans un contrat aléatoire, il y a, avons-nous dit, un échange de chances réciproques. Si les chances envisagées sont sensiblement égales entre les parties, le contrat, à ce point de vue, peut être parfaitement correct. Mais il ne faut pas confondre la chance avec l'émolument ou avantage maté-

(1) GUILLOUARD, n° 9.

riel qu'elle doit procurer. Ce qui caractérise les contrats de ce genre, c'est que chacune des parties se met dans le cas de voir entrer dans son patrimoine, ou en sortir, une valeur *sans équivalent,* c'est-à-dire sans *contre-partie.*

Dans le jeu et le pari l'absence de tout équivalent est manifeste, et n'a pas besoin d'être démontrée.

Dans les autres conventions aléatoires indiquées par l'art. 1964 qui n'a rien de limitatif, l'absence de *contre-partie* n'est pas absolue. Ainsi dans le contrat d'assurances, l'indemnité qui peut être due par l'une des parties représente les primes qui ont été payées par l'autre. Il y a là une représentation juridique, non une équivalence de valeurs; mais on ne peut pas dire que la prestation mise à la charge de l'un des contractants n'avait pas ou n'a pas eu sa contre-partie mise à la charge de l'autre.

C'est ce qui explique que les contrats de ce genre ont toujours été traités avec faveur par la loi, tandis qu'il en a été tout autrement du jeu et du pari.

CHAPITRE PREMIER.

DU JEU ET DU PARI.

303. — Définition du pari.
304. — Application du pari au jeu. — Anciennes prohibitions.
305. — La loi moderne refuse toute action en cas de jeu et de pari, art. 1965. Pourquoi?
306. — Le refus d'action ne doit pas être confondu avec l'octroi d'une exception.
307. — Dépôt des enjeux sur table ou entre les mains d'un tiers.
308. — Le refus d'action s'étend à tout moyen indirect, pour le gagnant, d'obtenir satisfaction, sauf le paiement volontaire. Cette dette n'admet ni compensation, ni ratification.
309. — Elle ne peut servir de base à une novation, ni à un cautionnement, gage ou transaction.
310. — Exécution ou paiement volontaire par le perdant; actes assimilés à une prestation volontaire de l'enjeu promis.
311. — *Quid* des reconnaissances libellées pour cause de prêt?
312. — Le refus d'action s'étend aux prêts ou avances faits pour alimenter le jeu.
313. — Des prestations ou paiements faits par mandataire.
314. — Tolérance pour les jeux d'adresse, art. 1966; définition.
315. — Point de vue spécial de la loi pénale.
316. — Enumération des jeux d'adresse.
317. — De ceux qui parient à l'occasion d'un jeu autorisé, sans y prendre une part personnelle.
318. — Application aux courses de chevaux; pari à la cote, pari mutuel.
319. — Jurisprudence en cette matière. L. 2 juin 1891 au point de vue pénal.
320. — De la preuve en matière de jeu et de pari.

303. Le pari a été probablement la forme primitive du jeu, et a d'abord paru comme un moyen facile de se procurer, sans travail, un objet convoité. Le jeu n'a été, plus tard, qu'un pari perfectionné. Mais la simplicité du pari primitif en a conservé l'usage.

Perezius en donnait la définition suivante : *Est et usu*

frequentissima sponsio, cum videlicet duo de veritate vel eventu alicujus rei contendentes, sibi invicem aliquid spondent ut id ejus sit qui veritatem fuerit assecutus, vel pro quo stat rei eventus (1).

C'est donc une convention par laquelle deux personnes en désaccord sur un événement quelconque passé ou futur se promettent réciproquement quelque chose, de telle façon que la chose promise appartiendra à celui dont l'opinion sera reconnue exacte.

S'il s'agit d'un événement passé, les parties se livreront aux vérifications nécessaires; s'il s'agit d'un événement futur, elles n'auront qu'à attendre.

304. Il peut arriver que l'événement futur dépende artificiellement de certains procédés mis en œuvre, par les contractants ou des tiers intéressés, précisément en vue du pari engagé.

On a alors un pari appliqué aux résultats d'un jeu.

Ces résultats peuvent dépendre eux-mêmes soit du hasard, soit de l'adresse ou de l'habileté du joueur, soit de ces deux éléments combinés.

Dans tous les cas, le but que les parties cherchent à atteindre est le même : il s'agit pour elles de courir la chance d'obtenir une valeur sans travail et sans avoir à en fournir l'équivalent et de jouir, en attendant, de l'émotion énervante produite par l'incertitude.

Le législateur devait-il sanctionner de pareilles conventions? Tout a été dit sur ce point qui d'ailleurs se prêtait si bien à des déclamations faciles sur le *péril social* résultant de la *fièvre du jeu.*

Ce péril n'est pas une découverte moderne. Les anciennes législations ont toujours prohibé les jeux de hasard, mais ont toléré les jeux d'adresse en limitant quelquefois l'impor-

(1) *Prælect. in Cod.*, lib. III, tit. 43, n° 9.

tance des enjeux. L'ancien droit français a fait de même. Il n'y a d'intéressant à citer aujourd'hui qu'une ordonnance de Louis XIII, de janvier 1629 (1). Il paraît en effet qu'on avait soutenu que si le jeu ne peut engendrer une obligation civile, il est au moins susceptible de produire une obligation naturelle. C'est cette opinion que l'ordonnance précitée a pour but de condamner; cette ordonnance destinée à compléter les prohibitions antérieures, ajoute en effet :

« ... Déclarons toutes dettes contractées pour le jeu nulles, et toutes les obligations et promesses faites pour le jeu nulles et de nul effet, et déchargées de toutes obligations civiles et naturelles. »

Il convient de remarquer néanmoins qu'en droit romain et dans le droit coutumier français le pari n'était pas considéré en lui-même comme nul ou illicite. Aucune prohibition n'avait été édictée à ce sujet. On discutait seulement sur le point de savoir si le dépôt des enjeux était une condition de validité du pari (2).

305. Les rédacteurs du Code civil ont au contraire, et avec raison selon nous, placé sur la même ligne le pari et le jeu, en déclarant que :

ART. 1965. La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari (*).

Au point de vue utilitaire cette solution est suffisamment motivée par les effets démoralisateurs du jeu.

Mais comment la justifier au point de vue juridique? On trouve sur ce point les affirmations les plus singulières dans les travaux préparatoires, et il est facile de constater que les orateurs ont tiré grand parti de l'expression *cause* qui a l'air de signifier quelque chose et qui ne dit rien (Voy. t. VII,

(*) Art. 1965. — L. 1, C. 3, 43, *De aleat.*

(1) *Recueil d'édits et ord.* (Néron), t. I^er^, p. 180.

(2) Comp. LOYZEAU, *Du déguerpissement*, t. IV, ch. III, n^os^ 13 et 14, et DESPEISSES, *Du contrat*, part. I, tit. X, n° 2.

n° 65). Portalis déclare que l'on chercherait vainement une cause des engagements contractés par les joueurs; que par suite le jeu n'existe point à titre de contrat, et qu'un contrat inexistant ne peut produire aucun effet (1). Cela serait vrai si l'orateur voulait faire allusion à cette circonstance que le jeu fait entrer dans un patrimoine ou en fait sortir une valeur sans équivalent ou contre-partie. Cependant cela est peu probable, car le rapporteur du Tribunat admettait au contraire que le jeu et le pari sont des causes d'obligations, mais ne sont pas des causes licites, parce que le jeu et le pari ne sont pas nécessaires, ne sont pas utiles et sont extrêmement dangereux (2). Quoi qu'il en soit de cette métaphysique juridique, il est certain que la loi civile *dédaigne le jeu*, le *méconnaît et lui refuse son appui*, pour employer les expressions de l'orateur du Tribunat (3).

C'est donc parce que la loi ne reconnaît pas le jeu, ni le pari, qu'elle n'accorde pas d'action pour les dettes qui en dérivent. Elle n'accorde pas d'action parce qu'elle réprouve ce genre d'obligation, et cette réprobation ne laisse place ni à une obligation civile, imparfaite ou naturelle, ni à une obligation de conscience, tout au plus est-elle compatible avec la délicatesse ou respect de l'opinion d'autrui (Voy. t. VII, n° 2).

306. Remarquons que la loi procède par refus d'action, et non par l'octroi d'une exception aux prétendus débiteurs.

Une exception est un moyen destiné à paralyser une action ayant une existence théorique, ou ayant pu exister, mais qu'on soutient être éteinte (4). Il ne saurait être question d'une exception, pour repousser une demande destituée de toute action. Ce qu'on appelle les exceptions péremptoires du fond, des fins de non-recevoir, sont en réalité des moyens

(1) *Exposé des motifs*, LOCRÉ, t. VII, p. 342.
(2) SIMÉON, *Rapport*, n° 4; LOCRÉ, t. VII, p. 349.
(3) DUVERGIER, *Discours*, n° 3; LOCRÉ, t. VII, p. 354.
(4) CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la Pr. civ.*, p. 153.

de défense qui, à la différence des exceptions de procédure, ne sont pas susceptibles d'être couverts. Les parties ne peuvent pas y renoncer quand ils reposent sur des considérations d'intérêt général, et par conséquent les juges doivent les suppléer d'office, si les intéressés négligent de s'en prévaloir (1). Les arrêts qui consacrent cette solution, ne sont pas toujours correctement motivés; ainsi il a été décidé que l'art. 1965 en empêchant de naître le droit d'agir en justice, place la partie à laquelle *l'exception* de jeu ou de pari peut être opposée, dans *l'incapacité* ou l'impuissance d'intenter l'action, et fait un devoir à tout juge qui, malgré la prohibition, serait saisi de la demande, de la repousser sans autre examen, comme reposant sur le néant et dénuée d'existence (2). Mais si la demande repose sur le néant, pourquoi parler d'exception et surtout d'incapacité?... Il faut également admettre que si le défendeur ne comparaît pas, les juges ne peuvent le condamner. Les conclusions prises par le demandeur ne doivent en effet être accueillies que si elles sont justes et bien vérifiées (art. 150, C. pr. c.). — Or la demande ne peut être considérée comme juste (3).

307. La loi suppose manifestement le cas où le gagnant, non saisi de la propriété des enjeux, voudrait recourir à une action pour les obtenir. C'est cette action qu'elle refuse. Elle laisse donc en dehors de ses prohibitions le cas où, en fait, le gagnant se trouve saisi de la propriété des enjeux.

C'est ce qui a lieu quand les joueurs ou les parieurs déposent le montant des enjeux, soit sur la table de jeu, soit

(1) Cass. 19 juin 1855, S. 56, 1, 162; Rennes, 7 déc. 1882, S. 83, 2, 172; LAURENT, t. XXVII, n° 201; GUILLOUARD, n° 63; Comp. CHAUVEAU-CARRÉ, *loc. cit.*, *q.* 751; MERLIN, *Quest. de Droit*, t. I, p. 274, t. V, p. 362; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 386, texte et note 10; PONT, *Petits contrats*, n° 636.

(2) Gand, 14 mars 1893, D. 1894, 2, 235.

(3) MOURLON-DEMANGEAT, t. III, n° 1079 *sexies*.

entre les mains d'un tiers qui est chargé de les remettre au gagnant. En pareil cas l'art. 1865 n'est pas applicable (1).

Certains auteurs justifient cette solution par ce motif que le dépôt des enjeux sur la table de jeu constitue un paiement anticipé de la dette de jeu sous la condition suspensive de la perte de la partie, et que rien ne s'oppose à ce que l'on paie une dette par avance (2).

D'autres objectent que le paiement anticipatif et volontaire d'une dette de jeu ne se comprend pas. Payer anticipativement, dit-on, c'est payer ce que l'on ne doit pas encore, et l'on peut répéter ce qu'on a payé sans le devoir. Si la loi n'admet pas la répétition, c'est seulement quand le débiteur paie, alors que le jeu est consommé, et qu'il a bien conscience de ce qu'il fait. On ajoute que valider ainsi le jeu au comptant, ce serait encourager le jeu et le favoriser (3).

Mais il ne s'agit ni d'encourager le jeu au comptant, ni de valider un paiement anticipatif, puisqu'il ne s'agit pas d'un paiement. Il faut raisonner en présence d'un état de fait créé par une partie de jeu, qui s'est engagée et qui vient de finir. Les enjeux sont encore sur la table, un tiers étranger au jeu, un voleur, s'en empare et prend la fuite. Est-ce que le gagnant ne pourra pas revendiquer contre lui? Si le voleur au lieu d'être un individu étranger au jeu est le perdant lui-même, pourquoi la solution changerait-elle? Il ne s'agit pas en effet, pour le gagnant, de réclamer le paiement fait, par anticipation, d'une dette de jeu, mais simplement de revendiquer une chose qui lui appartient, ce qui est permis à tout le monde (4). Mais, dit-on, il devra faire la preuve de son droit

(1) Cass. 26 fév. 1892, D. 92, 1, 472; Chambéry, 3 déc. 1891, *La Loi*, 28 fév. 1892.

(2) GUILLOUARD, n° 89; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 884.

(3) LAURENT, t. XXVII, n° 213.

(4) DURANTON, t. XVIII, n° 116; AUBRY et RAU, § 386, texte et note 20; ARNTZ, t. IV, n° 1440.

de propriété, il faudra donc remonter à la cause première de ce droit, car il est difficile de la séparer du moyen qui l'a fait acquérir. Or, qu'y a-t-il sous cette question de propriété, mise en avant comme sauvegarde de l'action intentée par le gagnant? Un joueur qui réclame ce qu'il a gagné au jeu contre son adversaire qui a perdu... Cela est absolument faux : l'art. 1967 porte que, *dans aucun cas*, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, c'est-à-dire ce qu'il a autorisé le gagnant à retirer conformément aux usages des jeux. Le perdant ne peut répéter en intentant une action en justice, et on voudrait lui permettre d'opérer une répétition matérielle au moyen de ce que, dans un certain langage, on appelle une reprise individuelle!... On objecterait vainement que l'art. 1967, parlant de ce qui a été volontairement payé, fait allusion à un paiement, et que dans l'espèce envisagée s'agissant d'un contrat inexistant, il ne saurait être question de paiement. Il faut répondre d'abord que l'art. 1967, parle comme le vulgaire qui appelle souvent un paiement ce qui n'est pas un paiement. Remarquons en outre que le texte s'applique *à tous les cas*, et notamment à ceux où il s'agit d'un jeu licite autorisé et sanctionné par l'article qui précéde, l'art. 1966. Or pour les jeux de cette dernière espèce, l'expression *ce qui a été volontairement payé* est exacte; la même expression peut s'entendre aussi de la remise des enjeux sur la table de jeu, remise qui constituerait un paiement si le jeu était licite.

Les mêmes décisions sont applicables si les enjeux au lieu d'être déposés sur la table avaient été confiés à un tiers pour les remettre au gagnant. Le dépositaire étant détenteur pour le compte du propriétaire éventuel (1), le gagnant devient instantanément propriétaire par le seul fait de l'issue de la partie. Le dépositaire n'a donc pas besoin du consen-

(1) ARNTZ, t. IV, n° 1440.

tement du perdant pour remettre les enjeux au gagnant (1). On trouve quelques décisions accordant seulement à chacune des parties le droit de réclamer la restitution de son enjeu (2). S'il s'agit de jeux de bourse, la remise à l'intermédiaire chargé d'effectuer les opérations de bourse de sommes ou de valeurs destinées à solder les différences ou pertes peut être considérée comme un paiement volontaire, à la condition que, suivant les conventions intervenues, les sommes ou valeurs dont il s'agit auront été réellement employées au paiement des différences sans opposition de la part du mandant et sans que celui-ci ait révoqué les pouvoirs par lui donnés (3).

308. Ce n'est pas seulement l'action proprement dite tendant directement au paiement de la valeur engagée dans un jeu ou pari illicite que la loi refuse au gagnant. Le texte de l'art. 1965 est plus compréhensif : La loi, y est-il dit, n'accorde *aucune action*, c'est-à-dire qu'il n'est pas permis d'arriver par un moyen indirect au paiement d'une dette de jeu. La loi n'admet, pour le gagnant, qu'un seul moyen d'obtenir satisfaction, c'est l'exécution volontaire de la part du perdant des conditions du jeu, ce que dans le langage ordinaire on appelle un paiement.

Il suit de là que la dette de jeu ne peut être opposée en compensation, d'abord, parce que, selon nous, elle n'existe pas, et en supposant qu'elle ait une sorte d'existence naturelle, ce que nous examinerons plus loin, parce qu'elle ne saurait produire d'effet sans la volonté de celui qui en est tenu (4).

Par les mêmes motifs, il n'est pas possible de concevoir

(1) *Contrà*, Just. de paix Dalhem, 30 mars 1877, *Pas.*, 78, 3, 109.
(2) Trib. Anvers, 18 déc. 1879, *Pas.*, 80, 3, 296.
(3) Cass. 22 mai 1889, S. 89, 1, 476.
(4) Angers, 13 août 1831, S. 32, 2, 270; Comp. AUBRY et RAU, § 386, texte et note 8; GUILLOUARD, n° 66.

la ratification ou, pour parler plus correctement, la confirmation de ce qu'on appelle une dette de jeu, puisque cette prétendue dette est inexistante, et que constituât-elle une obligation naturelle, il n'y a pas d'action en nullité contre une obligation naturelle (Voy. t. VIII, n° 276) (1).

309. Si elle constituait véritablement une obligation naturelle, elle pourrait être novée puisqu'une telle obligation peut être payée et que la novation se confond avec le paiement (Voy. t. VIII, n^{os} 103 et 105). Mais on reconnaît généralement que la novation de la prétendue dette de jeu n'est pas possible, soit parce que cette obligation n'est pas existante, soit, si elle existe comme obligation naturelle, parce que ce n'est pas une obligation naturelle *comme une autre*, ce qui est assez bizarre (2).

Il suit de là que la prétendue créance naturelle du joueur ne peut se trouver convertie en une créance civile efficace, par cette circonstance qu'elle aurait fait l'objet d'un article passé en compte courant avec le perdant (3). Cette solution a été contestée par suite d'une singulière méprise : Il s'agissait de passer en compte courant la créance même dont le gagnant se prétendait investi; or on a cru qu'il s'agissait « d'une passation *de titres* en compte courant, avec l'assentiment du joueur qui a remis les titres, passation qui approprie valablement le créancier qui les a reçus et passés en compte (4) ». Mais cette seconde hypothèse n'a aucun rap-

(1) Comp. Cass. 21 avr. 1885, D. 85, 1, 275; PONT, *Petits contrats*, t. I, n° 643; LAURENT, t. XXVII, n° 216; GUILLOUARD, n° 65.

(2) Cass. 6 nov. 1888, D. 89, 1, 145; PILLETTE, *Rev. prat.*, 1863, I, p. 448; AUBRY et RAU, § 386, texte et note 9; LAURENT, t. XXVII, n° 217; ARNTZ, t. III, n^{os} 159, 238, t. IV, n° 1437; GUILLOUARD, n° 67; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 882.

(3) FEITU, *Compte courant*, n° 203; Comp. Cass. 24 juin 1885, S. 89, 1, 10; Cass. 5 juill. 1876, S. 77, 1, 117.

(4) GUILLOUARD, n° 67 I.

port avec la première, elle constitue l'équivalent d'une dation en paiement. La passation en compte courant ne suffira pas pour *approprier* le prétendu créancier, il faudra de plus remplir les formalités voulues à l'égard des tiers sur qui les titres existent, (*infrà*, n° 415).

Le raisonnement qui exclut la novation s'applique sans difficulté au cautionnement et au nantissement (1).

Celui qui paie comme caution une dette qu'il n'ignore pas être une dette de jeu, n'a aucune action contre le prétendu débiteur (2).

En vertu des mêmes principes, la constitution d'un gage pour garantir le paiement d'une dette de jeu n'équivaut pas à un paiement volontaire dans le sens de la loi. Il faut en dire autant de la constitution d'une hypothèque. Il n'y a pas paiement volontaire d'une dette de jeu dans le seul fait de reconnaître cette dette par acte authentique, même avec affectation hypothécaire, l'hypothèque n'étant que l'accessoire de la créance garantie, et n'ayant pas pour effet d'éteindre celle-ci (3).

En outre le créancier de celui qui a signé des promesses et donné hypothèque pour dette de jeu, peut agir en annulation des promesses et de l'hypothèque comme le perdant lui-même.

Enfin, l'application de l'art. 1965 ne laissant place pour aucune contestation sérieuse, les parties ne pourraient pas au moyen d'une prétendue transaction valider une dette ayant son origine dans le jeu ou le pari (4).

Il y a cependant encore quelques difficultés ne rentrant précisément dans aucun des cas ci-dessus examinés.

(1) LAURENT, t. XXVII, nos 218 et 219; GUILLOUARD, nos 69 et 90.
(2) Bruxelles, 22 nov. 1890, *Pas.*, 91, 2, 238.
(3) Gand, 27 juill. 1891, *Pas.*, 92, 2, 17.
(4) Paris, 27 nov. 1858, S. 59, 2, 89; AUBRY et RAU, § 418; GUILLOUARD, n° 66, 1.

310. Puisque la livraison par le perdant entre les mains du gagnant, de la chose formant l'objet de l'enjeu, ne pourrait donner lieu à répétition, comme le dit l'art. 1967, expliqué plus bas, le perdant pourrait valablement effectuer l'équivalent de ce qu'on appelle une dation en paiement, en faisant au cédant une cession *sans garantie*, mais régularisée conformément à l'art. 1690 de créances sur des tiers dont il serait lui-même titulaire (1) ou en endossant au profit du gagnant des billets sur des tiers dont il serait porteur (2).

Pourrait-il donner en paiement au gagnant un engagement nouvellement contracté, résultant de titres volontairement souscrits par lui-même après la partie? Non, car il n'y a là qu'une promesse de paiement et non un paiement réellement effectué (3).

Il faudrait admettre cette solution, quand même les parties auraient déposé comme enjeux des engagements écrits d'avance pour une somme déterminée.

311. *Quid* si le perdant avait remis au gagnant une reconnaissance sous seing privé, ou même notariée, comme cela s'est vu, portant que l'engagement a été contracté pour cause de prêt? On pourrait soutenir, en effet, que l'opération a été faite *brevi manu*, comme si le perdant avait réellement versé la somme convenue entre les mains du gagnant, et l'avait tout de suite reçue à titre de prêt des mains de ce dernier. Cette subtilité ne saurait avoir pour effet de permettre aux parties d'éluder les règles prohibitives de la loi (4). Mais comme, en définitive, la chose est possible, c'est

(1) Cass. 7 juill. 1869, D. 71, 1, 203.

(2) LAURENT, t. XXVII, n° 214.

(3) AUBRY et RAU, § 386, texte et note 7; PONT, *loc. cit.*, t. I, n°s 637 et suiv.; LAURENT, t. XXVII, n° 215; GUILLOUARD, n° 69; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 883.

(4) Cass. 16 déc. 1879, S. 81, 1, 421; Cass. 4 déc. 1854, D. 54, 1, 413; Paris, 29 sept. 1882, D. 83, 2, 81; AUBRY et RAU, § 386, texte et

le souscripteur de l'obligation portant une fausse cause qui devra fournir la preuve de son allégation, et il le fera par tous les modes de preuve.

Quand le perdant a souscrit des billets négociables. Il pourra agir contre le gagnant pour obtenir la restitution des billets (1). Si ces billets sont déjà en circulation, le perdant se trouvera exposé à la nécessité de les payer à leur échéance s'ils sont présentés par un porteur de bonne foi à qui on ne saurait opposer le vice caché de son titre (2). Dans ce cas le perdant qui n'a fait qu'un paiement forcé, aura son recours contre le gagnant. Mais en attendant que les billets lui soient présentés, pourra-t-il obtenir une garantie de la part du gagnant? L'affirmative est soutenue (3), nous pensons néanmoins que l'action en garantie serait prématurée, car il n'est pas certain que les billets soient un jour présentés au signataire (4).

312. Le refus d'action édicté par l'art. 1965 s'applique également à toutes les conventions intervenues entre l'un des joueurs et un tiers quand elles ont pour but le jeu ou le pari, notamment quand elles consistent dans un prêt ou avance destinée à faciliter une partie qui s'engage ou va s'engager, en d'autres termes à *alimenter* le jeu.

Si le prêt est fait avant toute opération de jeu, le prêteur qui ignorait la destination des fonds par lui avancés, et qui n'a pas à en surveiller l'emploi, aura évidemment action pour se faire rembourser. Mais il ne saurait en être ainsi quand le prêt a manifestement pour but de rendre le jeu

note 7; PONT, *loc. cit.*, n° 639; LAURENT, *loc. cit.*, n° 215; GUILLOUARD, n° 70.

(1) Lyon, 11 mars 1856, S. 57, 2, 525.

(2) Cass. 16 déc. 1879, S. 81, 1, 421; Paris, 29 sept. 1882, S. 83, 2, 132.

(3) Voy. GUILLOUARD, n° 72; PONT, *loc. cit.*, n° 642; Cass. 16 déc. 1879, S. 81, 1, 421; Paris, 29 mars 1887, *Pand. franç.*, 87, 2, 376.

(4) LAURENT, t. XXVII, n° 205.

possible. Ainsi dans certains cercles les habitués, qui sont démunis d'argent, sont assurés de trouver des personnes, souvent des garçons de l'établissement, qui leur consentiront des avances destinées à alimenter le jeu, avances qui seraient refusées s'il était annoncé qu'elles doivent recevoir une autre destination. Il est manifeste qu'en pareille hypothèse le prêteur a concourru sciemment et intentionnellement à l'acte illicite que la loi désavoue (1).

Au contraire quand la partie est consommée, le prêt fait au perdant pour payer sa dette ne tombe pas sous l'application de l'art. 1965, puisque le perdant peut valablement payer lui-même; néanmoins pour qu'il en soit ainsi, il faut que le prêteur n'ait pas lui-même participé au jeu, et qu'il n'y ait été intéressé en aucune manière (2).

313. Le perdant qui a reçu le prêt destiné à éteindre une dette de jeu, peut effectuer lui-même le paiement entre les mains du gagnant; il peut aussi confier les fonds à un tiers mandataire, avec la mission de les faire tenir au gagnant. Enfin il n'y a pas de raison pour décider que ce tiers mandataire ne pourra pas être le prêteur des fonds.

Mais on discute la question de savoir si celui qui a simplement reçu mandat de payer une dette de jeu ou le montant d'un pari, peut, après avoir exécuté le mandat, réclamer à son mandant le remboursement de la somme par lui avancée?

On décide généralement que le mandataire aura action contre le mandant, à moins que le mandat de payer n'ait été donné à celui qui avait déjà reçu le mandat de jouer, auquel cas toute action en remboursement doit lui être refusée (3).

(1) Cass. 4 juill. 1892, D. 92, 1, 500.

(2) *Ibid.*, Trib. Liège, 5 juin 1886, *Pas.*, 86, 3, 367; Voy. sur tous ces points : PONT, *loc. cit.*, nos 647, 648; LAURENT, t. XXVII, nos 220, 221; ARNTZ, t. IV, n° 1441; GUILLOUARD, n° 89.

(3) Paris, 7 janv. 1874, D. 77, 5, 267; Cass. 16 fév. 1881, D. 83, 1, 208; AUBRY et RAU, § 356, texte et notes 3, 5; LAURENT, t. XXVII, n° 222.

Du reste la question est tranchée par ce que nous avons dit plus haut. Du moment qu'il est reconnu que le débiteur peut emprunter pour payer, on ne voit pas comment la combinaison de l'emprunt et du mandat ne pourrait pas avoir lieu (1). Il semble qu'on ait perdu de vue que, dans l'hypothèse examinée, il y a d'abord un prêt sollicité et ensuite mandat spécial donné au prêteur touchant l'emploi des fonds. L'opération tout entière se résout dans un mandat.

Il va sans dire que le gérant d'affaires n'aurait pas d'action pour se faire rembourser la dette de jeu qu'il aurait payée sans la volonté du débiteur.

314. Le refus d'action prononcé d'une manière générale par l'art. 1965, en matière de jeu et de pari, devait-il recevoir une exception pour les jeux ou paris conclus à l'occasion de certains exercices physiques?

Il est manifeste que les exercices de cette nature sont utiles pour le développement des forces qui doivent faire un bon soldat, un bon travailleur ou produire un animal vigoureux. Il est donc tout naturel qu'ils soient encouragés au moyen de prix ou récompenses décernés par les municipalités, les sociétés de gymnastique, et même par l'Etat. L'antiquité classique fournit à cet égard des exemples connus. Mais quel rapport y a-t-il entre les encouragements dont nous parlons et les paris que feront entre eux les spectateurs ne prenant aucune part à la lutte? Il est évident que, pour ces derniers, il s'agit uniquement de réaliser un bénéfice sans équivalent et sans travail. Il y avait donc de bonnes raisons pour les soumettre à la disposition générale de l'art. 1965.

Mais il est fort douteux que le législateur ait entendu consacrer cette solution :

(1) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 42.

ART. 1966. Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente. — Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande, quant la somme lui paraît excessive.

La loi consacre donc la distinction dont nous avons parlé entre les jeux de hasard et les jeux d'adresse. Il existe encore une catégorie particulière de jeux dans lesquels l'adresse et le hasard se trouvent combinés.

On définit quelquefois le jeu de hasard celui dans lequel les chances du sort prédominent sur l'adresse ou les combinaisons de l'intelligence (1). Il faudrait donc, à l'inverse, considérer comme jeux d'adresse ceux dans lesquels les combinaisons de l'intelligence paraissent prédominer sur le hasard, sans néanmoins l'exclure. Cette définition doit être repoussée quand il s'agit d'appliquer l'art. 1966. Ce texte n'accorde d'action aux joueurs que s'il s'agit simplement de jeux d'adresse. S'il s'agit de jeux dont le succès dépend à la fois du hasard et de l'habileté du joueur, ou rentre sous l'empire de la règle générale de l'art. 1965, et toute action est refusée.

315. La loi pénale, au contraire, atteint ceux qui ont « tenu une maison de jeux de hasard », ou établi dans les rues « des jeux de hasard » (art. 410, 475, 5°, 477, C. pén.) La jurisprudence interprétant ces textes d'une manière restrictive décide qu'ils ne s'appliquent pas aux jeux dont le résultat est influencé à la fois par le hasard et l'habileté des joueurs (2).

Le point de savoir si un jeu est de nature à être compris au nombre de ceux que la loi sanctionne, soulève une question de fait que la loi laisse à l'appréciation des tribunaux. L'énumération contenue dans l'art. 1966 est purement énon-

(1) Voy. Trib. Liège, 16 mai 1888, *Pas.*, 88, 3, 280, etc.

(2) Cass. 9 nov. 1861, S. 62, 1, 326; PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 621; GUILLOUARD, n° 38 I.

ciative; mais il ne s'agit limitativement que des jeux d'adresse ou de force.

316. Parmi les jeux de ce genre, il en est dont le caractère licite ne peut faire aucun doute. Tels sont ceux dont l'ensemble constitue ce qu'on appelle aujourd'hui l'éducation physique : les divers exercices de tir, les assauts de boxe, de canne, d'escrime; les courses à pied, à cheval ou à vélocipède; les courses à la voile ou à l'aviron, etc.

Une controverse s'est élevée au sujet d'un certain nombre de jeux, tels que le billard, les échecs, les dames, les quilles et les boules. Mais le principe d'après lequel les exceptions de l'art. 1966 ne sont admises que dans un but d'éducation physique utile, doit faire exclure le billard, les quilles et les boules du nombre des jeux sanctionnés par la loi. Pour ce qui est des dames, des échecs, et autres qui ne sont pas des jeux de hasard, il est manifeste que la loi ne les sanctionne pas, puisqu'il leur manque la condition indispensable de favoriser le développement des forces corporelles (1). Nous croyons inutile d'entrer à cet égard dans de plus longs développements.

317. Nous devons maintenant remarquer que le texte de l'art. 1966 parle uniquement « des jeux », et non des paris.

Mais il résulte de l'économie de la loi, que le pari est complètement assimilé au jeu; comme le jeu, le pari doit constituer un contrat sanctionné par une action, dans les limites de l'art. 1966, c'est-à-dire quand il intervient à l'occasion d'un jeu sanctionné par ce texte. Dans tous les cas où le jeu est prohibé le pari l'est également, et apparaît comme un pacte illicite dénué d'effets juridiques. Dans les cas prévus par l'art. 1966, il devient un contrat ordinaire sanctionné par une action. Il faut cependant observer que l'assimilation

(1) Angers, 13 août 1831, S. 32, 2, 270; DURANTON, t. XVIII, n° 110; AUBRY et RAU, § 356, texte et note 16; MASSÉ et VERGÉ, t. V, § 745, note 5; LAURENT, t. XXVII, n° 198; GUILLOUARD, n°s 50, 51.

entre le jeu et le pari doit nous faire décider, conformément d'ailleurs avec la jurisprudence, que le Code proscrivant les jeux où le hasard exerce son influence, on ne saurait déclarer valable un pari fait au hasard, même à l'occasion d'un jeu licite (1). L'observation trouvera son application, surtout dans les courses de chevaux.

Mais on se demande s'il est nécessaire, pour faire au pari l'application de cet article, que les parieurs participent directement aux exercices de force ou d'adresse constituant le jeu autorisé!

Il faut d'abord considérer qu'il y a plusieurs manières de participer à un jeu de force ou d'adresse. Les joueurs peuvent y prendre part directement, de leur personne; ils peuvent y prende part également, c'est-à-dire d'une manière non moins directe, par leurs préposés ou champions. C'est ce qui aura lieu surtout quand la lutte engagée soulèvera des questions de méthode. Ainsi deux maîtres d'armes représentant des écoles différentes, pourront lutter ensemble personnellement ou par l'intermédiaire de leurs élèves. Dans ce dernier cas, chacun d'eux pourra parier que la victoire appartiendra aux représentants de sa méthode, et on ne pourra pas le considérer comme étranger au jeu.

Par application de ces principes, et en matière de courses de chevaux, on ne devra pas réserver le droit de parier valablement à ceux-là seuls qui courent, aux jockeys et aux propriétaires qui montent leurs chevaux dans les courses de *gentlemen;* il faudra le reconnaître aussi aux propriétaires dont les chevaux sont montés par des tiers (2).

Mais on soutient que l'exception autorisée par l'art. 1966 ne peut être étendue aux personnes étrangères au jeu (ou à la course); « que, pour celles-ci, le pari même à l'occasion

(1) Trib. Seine, 4 janv. 1893, *Le Droit*, 6 janv. 1893.

(2) Voy. Paris, 31 déc. 1874, D. 75, 2, 92; GUILLOUARD, n° 55; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 200.

de jeux qui tiennent à l'adresse ou à l'exercice du corps, n'est qu'une convention subordonnée au pur hasard, devant à ce titre être privée de toute action en justice (1) ». On fait encore observer que « les simples spectateurs ne font rien qui soit utile au développement de leur adresse ou de leurs forces (2) ». On pourrait objecter, il est vrai, que leur présence est un vif encouragement pour les joueurs, et qu'ils contribuent ainsi aux développements des forces de ces derniers qui, probablement, ne voudraient pas s'exercer sur une arène déserte.

Quoi qu'il en soit, étant donnés les termes généraux de l'art. 1966, il nous est difficile de penser que la loi ait entendu prohiber les paris entre simples curieux et nous croyons que l'exception de l'art. 1966 doit s'appliquer à tous les paris qui seraient faits pour les jeux d'adresse aussi bien par les spectateurs que par les joueurs (3).

Ce qui nous confirme dans notre opinion, ce sont les solutions pour le moins singulières admises dans quelques cas particuliers par certains adhérents de l'opinion contraire.

Ils estiment, en effet, que si l'enjeu des parieurs doit profiter à celui des joueurs qui sera le gagnant, le pari est alors valable, et par conséquent donne au joueur qui l'emporte une action contre le parieur perdant. Pourquoi? « Parce que, dans ce cas, l'enjeu est, pour le joueur qui le reçoit, une prime d'encouragement ou la rémunération de sa vigueur et de son adresse (4)! » C'est de la fantaisie.

Mais voici qui est plus extraordinaire : Si le pari est intervenu entre l'un des joueurs et un spectateur, la même opinion décide que le joueur aura une action en justice s'il

(1) GUILLOUARD, n° 54.
(2) MOURLON-DEMANGEAT, t. III, n° 1077 *quater*.
(3) BELTJENS, *Encyclop.*, sur l'art. 1966, n° 14.
(4) MOURLON-DEMANGEAT, *loc. cit.*

gagne, mais le spectateur, s'il vient à gagner, n'en aura pas (1)!...

Ces discussions, dans leur généralité, n'ont peut-être qu'une valeur théorique. Mais il n'en est pas ainsi dans leur application aux courses de chevaux.

Ce sont, en effet, les courses de chevaux qui présentent les occasions les plus nombreuses de parier. Le nombre des personnes qui fréquentent les hippodromes dans le but de spéculer sur les chances des chevaux est énorme, et en 1891 le Ministre de l'Intérieur estimait que les sommes engagées au guichet du pari mutuel s'élevaient à environ 40 millions par mois, sans compter celles qui alimentaient l'industrie des bookmakers et des donneurs au livre (2). Ces sommes appartenaient-elles du moins aux parieurs? La statistique des assises de la Seine peut fournir la réponse : Sur vingt affaires de détournements de fonds au préjudice de maîtres ou patrons, plus de la moitié de ces détournements ont été commis pour alimenter des paris aux courses.

Quoi qu'il en soit, il est certain que ces paris interviennent dans tous les cas à l'occasion d'un jeu que les prétendus intérêts de l'élevage et de l'amélioration de la race chevaline ont fait sanctionner par l'art. 1966. La seule question à résoudre est donc celle de savoir si les diverses formes affectées par ce pari permettent aux parieurs de faire un acte raisonné en désignant leur « favori » ou si c'est aux caprices du hasard qu'ils se confient.

318. Il existe deux catégories principales de pari aux courses, le pari à la cote et le pari mutuel. Il y a aussi le pari individuel qui se fait entre deux personnes, sans intermédiaire, mais qui est peu usité.

Le pari à la cote est ainsi dénommé parce que la cote est

(1) PILLETTE, *Rev. prat.*, t. XV, p. 233 et 234; Conf. GUILLOUARD, n° 55.

(2) *J. off.*, 1891, *Déb. parl.*, p. 458.

affichée et criée par les entrepreneurs de ce genre de jeu. Il est appelé *au livre* quand il est conclu sans affiches, entre personnes qui sont censées se connaître et qui inscrivent sur leur carnet l'opération qu'elles font ensemble. C'est une espèce de pari individuel. Le principe du pari à la cote repose sur une évaluation plus ou moins raisonnée des chances des chevaux engagés dans une course. Suivant leur nombre et leur valeur respective, le donneur qui fait profession de parier contre tous les chevaux offre au public de lui payer dix fois, cinq fois, deux fois, sa mise, ou une valeur égale à celle-ci. Si le cheval sur lequel porte le pari semble assuré de la victoire, le donneur ou bookmaker n'offre plus de parier que la moitié, le quart, le dixième, etc., de la mise engagée par le parieur. Ce calcul de probabilités a généralement pour base le résultat des courses antérieures fournies par le cheval, l'état actuel de son entraînement, le poids de son cavalier, etc. Mais il arrive très souvent que le public est mal renseigné sur la préparation subie par le cheval en vue d'une course et qu'il ignore *la forme* exacte de certains concurrents. Aussi voit-on souvent les prévisions du public et des bookmakers trompées et la victoire rester à un « *outsider* », c'est-à-dire à un cheval qui passait pour n'avoir pas de grandes chances.

Dans le pari mutuel simple, dit au totalisateur, le parieur choisit, comme dans le pari à la cote, le cheval sur lequel il veut mettre son enjeu. Les paris doivent être tous de la même somme. Ceux qui ont été faits sur le même cheval sont totalisés et les joueurs qui ont parié pour le gagnant se partagent l'ensemble des sommes risquées sur les autres chevaux, après certains prélèvements faits au profit des sociétés de courses et de l'assistance publique.

319. La jurisprudence a toujours considéré le pari à la cote comme licite, à moins qu'il n'ait été fait par des personnes incapables de se rendre compte des chances d'un

cheval (1). Elle a décidé, au contraire, que le pari mutuel était un jeu de hasard assimilable à la loterie comme constituant une opération offerte au public pour faire naître l'espérance d'un gain acquis par la voie du sort (2). Cette assimilation du pari mutuel simple à la loterie était contestable. Elle ne l'est pas pour une espèce de pari mutuel appelé pari à la poule ou au chapeau. Ce pari consiste à mettre dans un chapeau les noms des chevaux qui courent. Chaque parieur prend au hasard, moyennant une somme fixe, le nom d'un cheval, et celui à qui le sort a ainsi attribué le gagnant bénéficie de la mise des autres joueurs. C'est là un jeu de pur hasard (3).

Aujourd'hui, toutes les difficultés qui viennent d'être examinées, et notamment la question de savoir si le pari mutuel simple est un jeu de hasard, ont été tranchées, au point de vue pénal, par la loi du 2 juin 1891 qui permet aux sociétés de courses « d'organiser le pari mutuel sur leur champ de course exclusivement ».

En définitive, il n'y a plus aujourd'hui qu'un seul mode de pari toléré, c'est le pari mutuel organisé exclusivement sur les hippodromes en vertu de la loi du 2 juin 1891 et du décret réglementaire du 7 juillet suivant.

Mais la loi de 1891 n'a trait qu'à la répression pénale du pari, et non à ses effets civils (4). Cette loi n'empêchera donc pas les tribunaux d'appliquer les règles ci-dessus exposées, quel que soit, au point de vue pénal, le caractère licite ou illicite de l'opération envisagée. Ainsi il pourra se faire que l'opération licite, dans sa forme extérieure, constitue un jeu de hasard dans le sens de l'art. 1965, à raison de l'absolue

(1) Cass. 3 mai 1889, S. 90, 1, 233, Cass. belge, 8 nov. 1886, D. 87, 2, 137.

(2) Arrêt précité du 3 mai 1889; Cass. 18 juin 1875, S. 75, 1, 386,

(3) Arrêt précité du 18 juin 1875.

(4) Trib. Seine, 4 janv. 1893, *Pand. franç.*, 93, 2, 124.

incompétence des parties qui se sont exclusivement confiées au hasard. Mais la circonstance que les intéressés ont agi complètement au hasard ne saurait modifier, au point de vue pénal, le caractère du jeu (1).

N° 2. — Des marchés à terme.

321. — Généralités sur la preuve en matière de jeu et de pari.
322. — Texte et portée de la loi du 28 mars 1885, concernant les marchés à terme.
323. — Discussion à la Chambre et au Sénat du texte de cette loi.
324. — Conclusion : présomption légale de validité à l'égard des marchés à terme conclus dans les formes ordinaires.
325. — La loi de 1885 n'a pas d'effet rétroactif.

320. Toutes les solutions qui précèdent supposent que le véritable caractère d'une opération aléatoire, donnant lieu à un litige soumis aux tribunaux, sera déterminé par application des règles générales admises en matière de preuve.

Pour l'application de ces règles, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'un jeu ou d'un pari illicite, ou, au contraire, de l'un des contrats rentrant dans les prévisions de l'art. 1966.

Dans ce dernier cas, c'est à celui qui demande le paiement de sa créance de fournir la preuve du contrat dont il réclame l'exécution.

Dans le premier cas, c'est au défendeur qu'il appartient d'établir que la dette invoquée contre lui résulte d'un jeu ou d'un pari illicite, et par conséquent n'a pas d'existence légale.

Dans le cas de jeu ou de pari licites, c'est donc le demandeur qui devra faire la preuve du contrat aléatoire par lui allégué, soit au moyen d'un écrit si l'enjeu est supérieur à 150 francs, soit par témoins, dans les cas où le Code autorise la preuve testimoniale.

Il ne suffira pas néanmoins au demandeur d'établir la

(1) Comp. Trib. correct. Bruges, 26 fév. 1891, *Pas.*, 91, 3, 169.

réalité de la convention relative à un jeu ou à un pari licite. Il devra prouver encore qu'il est lui-même le gagnant. Cette preuve résultera naturellement de la constatation de l'événement sur lequel aura porté la convention. S'il s'agit, par exemple, d'une course de chevaux, le demandeur devra prouver que le cheval pour lequel il a parié, a triomphé dans l'épreuve envisagée; s'il s'agit d'un jeu proprement dit, il devra prouver que la partie convenue a eu lieu, et qu'elle a eu pour lui une issue favorable.

Qu'il soit question d'un jeu ou d'un pari, le demandeur aura donc toujours deux preuves à faire :

1° La preuve par écrit de la convention, si l'intérêt du procès dépasse 150 francs;

2° La preuve du fait incertain à l'événement duquel était subordonné le gain convenu.

Cette seconde preuve n'ayant pas trait à l'existence d'un acte juridique, mais à celle d'un fait pur et simple, pourra dans tous les cas être faite par témoins, quelle que soit l'importance de la contestation (Voy. t. VIII, n° 280).

S'il s'agit d'un jeu ou d'un pari non sanctionné par la loi, le seul fait par le demandeur d'alléguer une telle convention comme fondement de l'action par lui introduite, rendrait celle-ci nécessairement irrecevable comme nous l'avons déjà dit.

321. L'application des règles qui précèdent, soulève quelques difficultés, en ce qui concerne la recevabilité de ce qu'on appelle improprement l'exception de jeu, en matière de marchés à terme.

Il ne s'agit pas ici de faire l'historique de ces marchés, d'en indiquer les diverses nuances, ni les cas assez rares où ils ont lieu à *couvert*, et moins encore d'expliquer le mécanisme des liquidations et des délais *maximum* institués par le décret du 7 novembre 1890 (1).

(1) Voy. sur tous ces points : LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Dr. comm.*, t. IV, p. 954 et suiv.

Le seul point qui nous intéresse est celui qui concerne la preuve.

Les marchés à terme sont toujours des spéculations licites en elles-mêmes. Néanmoins ils peuvent souvent constituer de véritables jeux ou paris sur les différences de cours, jeux ou paris dont le caractère a donné lieu à de nombreuses discussions.

Mais la loi du 28 mars 1885 a fini par consacrer ces opérations, en décidant qu'en principe nul ne pourrait invoquer l'art. 1965, pour éviter l'exécution des obligations qui en découlent.

Avant la loi de 1885, plusieurs systèmes se trouvèrent en présence, touchant la valeur juridique des marchés à terme.

Une première opinion déclarait ces marchés valables parce que, en réalité, ces contrats ne constituaient pas autre chose que des ventes. La faculté de les exécuter en payant une simple différence ne pouvait, disait-on, en modifier le caractère puisque cette faculté ne paraissait exister qu'en vertu d'un accord intervenu postérieurement à la conclusion de ces mêmes marchés.

Jusqu'en 1823, les Cours d'appel admirent en effet qu'aucune loi en vigueur ne prohibait les marchés à terme même faits à découvert, c'est-à-dire sans remise préalable des titres ou des sommes entre les mains des agents de change. Aucune décision judiciaire de cette période ne paraît non plus avoir reconnu que les demandes relatives à l'exécution de ces marchés pouvaient être paralysées en vertu de ce qu'on appelle l'exception de jeu de l'art. 1965 (1).

Dans une autre opinion on considérait au contraire ces mêmes opérations comme nulles. De 1823 à 1832, la jurisprudence subissant un revirement complet, se prononça

(1) LYON-CAEN, *Annuaire de législ. franç.*, 1886, notice sur la loi de 1885, p. 38.

dans ce sens et déclara nuls, sans faire aucune distinction, tous les marchés à terme faits à découvert. Cela conduisit à annuler la plupart de ces opérations, car il est rare qu'un marché à terme soit fait à couvert. Cette jurisprudence avait pour principale base le silence du Code de commerce qui, disait-on, impliquait le maintien des règles résultant d'anciens arrêts du Conseil, et résumées dans la loi du 28 vendémiaire an IV, et dans l'arrêté du Directoire du 2 ventôse de la même année.

Dès 1832 une modification partielle se manifesta dans cette jurisprudence. Les arrêts firent, en général, une distinction entre les vendeurs et les acheteurs. Ils admettaient que, sans doute, les marchés à terme étaient nuls pour les vendeurs qui n'avaient pas remis à l'avance leurs titres à leurs agents de change, mais ils déclaraient qu'aucune loi ne défendaient d'acheter des valeurs de bourse sans dépôt préalable des sommes à payer. Bientôt les tribunaux s'attribuèrent le pouvoir de décider, d'après les circonstances, que, pour l'acheteur, le marché n'avait été qu'un jeu sur la différence des cours. S'il était constaté que celui-ci n'avait jamais eu l'intention de se faire livrer des titres, il pouvait opposer, à toute action de son agent de change, la disposition de l'art. 1955 (1).

Mais une troisième opinion avait toujours soutenu que les marchés à terme étaient valables à la seule condition d'être sérieux et non fictifs, attendu que, depuis la promulgation du Code de commerce, ils n'ont plus été interdits par aucune loi spéciale, ni pour l'acheteur ni même pour le vendeur. En général, depuis 1848, les tribunaux et la Cour de cassation elle-même se rallièrent à cette doctrine.

Suivant cette même doctrine, il fallait considérer les marchés comme nuls, lorsqu'ils devaient se résoudre par

(1) LYON-CAEN, *loc. cit.*, p. 40.

le paiement d'une différence. Dans ce cas, en effet, ce sont de véritables paris illicites portant sur les différences de cours des valeurs, et tombant sous l'application de l'art. 1965 (1).

Cette jurisprudence avait pour résultat de rendre applicable aux marchés à terme toutes les règles plus haut énoncées concernant les jeux et paris illicites.

Par conséquent, lorsque le marché était reconnu n'être qu'un pari :

1° Toute action intentée en vue d'obtenir son exécution était déclarée irrecevable en vertu de l'art. 1965, soit qu'elle fût dirigée par un agent de change contre son confrère avec qui il avait traité, ou qu'elle fût dirigée contre son client par un agent de change de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissant les vices du marché (2), ou encore par un client contre son agent de change.

2° La dette de l'acheteur dans un semblable marché ne pouvait être garantie, ni par un cautionnement, ni par un gage, ni par un autre moyen.

3° Néanmoins la prestation volontairement opérée d'une somme réclamée en exécution d'un marché de ce genre ne pouvait donner lieu à une action en répétition.

La validité des marchés à livrer sur marchandises n'était pas contestable, car les textes de l'ancien droit, de la législation intermédiaire et du Code de commerce invoqués contre les marchés à terme ne leur étaient pas applicables. Mais la jurisprudence admettait pour les marchés à livrer l'exception de jeu.

Il est aisé de comprendre que toutes ces fluctuations de la jurisprudence et les divergences de la doctrine nuisaient singulièrement à la conclusion des marchés sérieux soit à

(1) Voy. Cass. 18 oct. 1887, D. 87, 1, 153; Cass. 4 janv. 1886, S. 89, 1, 21, etc.

(2) Aix, 16 juin 1879, *Le Droit*, 12 déc. 1879; Paris, 24 nov. 1877, *Le Droit*, 2 déc. 1877.

terme, soit à livrer dont l'utilité économique est incontestable, et encourageaient au contraire la mauvaise foi.

322. La loi du 28 mars 1885 a eu pour but de remédier à une telle situation.

Voici les dispositions de cette loi qui intéressent plus particulièrement notre matière :

« Art. 1er. Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées ou marchandises, sont reconnus légaux.

Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 du Code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence.

Art. 2. Les art. 421 et 422 du Code pénal sont abrogés.

Art. 3. Sont abrogées les dispositions des anciens arrêts du Conseil des 24 septembre 1724, 7 août, 2 octobre 1785 et 22 septembre 1786; l'art. 15, chapitre Ier, l'art. 4, chapitre II, de la loi du 28 vendémiaire an IV; les art. 85, § 3 et 86 du Code de commerce. »

Cette loi reconnaît donc la validité des marchés à terme et à livrer et abroge tous les textes qui auraient pu permettre d'en douter. Elle a encore pour but d'exclure l'exception de jeu dans les opérations qualifiées de marchés à terme ou à livrer. Mais sur ce point, il est déplorable que les rédacteurs de la loi n'aient pas su trouver une formule assez nette pour rendre impossible toute difficulté d'interprétation, alors surtout que ces difficultés ont été prévues dans la discussion.

323. Le projet du gouvernement présentait en effet, pour le deuxième alinéa de l'art. 1er, la rédaction suivante : « Nul ne peut, pour se soustraire aux opérations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 du Code civil, *lorsque l'acheteur a le droit d'exiger la livraison ou lorsque le vendeur a le droit de l'imposer.* » Ces derniers mots indiquaient certainement que le projet n'entendait pas écarter absolument

l'exception de jeu en matière de marché à terme ou à livrer. Mais précisément à cause de cela, il parut dangereux à la commission de la Chambre des députés de conserver une formule pouvant permettre à la jurisprudence de détruire toute l'économie de la loi.

En conséquence la commission rédigea ainsi le second alinéa de l'art. 1er : *Nul ne peut,* etc...., *lors même qu'ils* (les marchés) *devraient se résoudre par le paiement d'une simple différence.*

Mais le Sénat, sur la proposition de sa commission, apporta une modification à ce texte en remplaçant les mots *devraient se résoudre,* par ceux-ci, *se résoudraient.* Le texte fut donc ainsi rédigé : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 du Code civil, *alors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence.* »

La majorité de la Commission du Sénat pensait, en effet, que la rédaction de la Chambre allait trop loin :

« En mettant dans l'article premier les mots *devraient se résoudre* au lieu des mots *se résoudraient,* on validerait non seulement les vrais marchés, mais encore des conventions nouvelles, inconnues jusqu'ici, innommées, que l'on ne saurait assimiler à un marché et par lesquelles, au moment même de la transaction, les parties s'engageraient par écrit à ne pas exiger la livraison, à ne pas l'imposer et à résoudre l'opération par le simple paiement d'une différence. Dans ce cas, le mode de solution par différence ne serait plus un simple fait, une des diverses manières dont les marchés se résolvent. Ce serait un droit, une obligation. De telles obligations auraient-elles le caractère d'un marché? Nullement, et on ne saurait les valider à propos d'une loi sur les marchés à terme... S'il s'agit d'un marché contracté selon les règles, *il est couvert par une présomption* qui empêche les tribunaux de rechercher les intentions premières des

parties. *Mais s'il s'agit d'une convention écrite* portant que la livraison des titres ou des marchandises ne pourra être ni exigée ni imposée, les tribunaux apprécieront, comme aujourd'hui, s'il y a une convention supérieure que la société doive couvrir de sa protection ou un simple jeu dont elle n'ait pas à connaître. »

Quelques membres de la minorité de la commission sénatoriale repoussaient néanmoins la modification proposée, et il importe de voir pour quels motifs :

« Si, disaient-ils, nous remplaçons le membre de phrase *devraient se résoudre* par celui *se résoudraient*, nous indiquons que nous ne voulons pas couvrir de cette présomption légale les conventions innommées dans lesquelles on s'engagerait dès le début, par écrit, à ne pas livrer, à ne pas exiger la livraison des marchandises ou des titres. Mais qu'est-ce, en somme, qu'une convention écrite, sinon une preuve authentique, il est vrai, de l'intention des parties? Or, si cette intention des parties ressort évidente, encore qu'il n'y ait eu aucune stipulation écrite, les tribunaux n'y verront-ils pas le moyen d'annuler les marchés qui auraient cependant revêtu la forme ordinaire? Ne diront-ils pas que le marché a été fictif, que les parties n'ont emprunté la forme régulière que pour éluder la loi; qu'en fait, étant donné qu'elles étaient décidées, dès le début, à ne liquider leurs opérations que par le paiement de différences, elles ont fait un simple pari que la loi ne peut couvrir de sa protection? Et si cela arrive, qu'aurons-nous fait? Rien. *Nous aurons fait une loi qui laissera subsister la situation actuelle tout entière.* »

L'objection, il faut en convenir, se présentait avec une certaine force. Mais, d'après les jurisconsultes de la majorité, il n'y avait rien à craindre. Les marchés à terme ou à livrer étant reconnus légaux, même lorsqu'ils se résolvent par le paiement d'une simple différence, les intentions des

parties ne pourront en aucun cas être recherchées. Ils citaient à l'appui l'art. 1352 : Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice (ou l'exception). « Ici, il n'est fait aucune réserve, disait-on, nul ne pourra donc invoquer aucune preuve contre la validité d'un marché en excipant de l'exception de jeu. »

La minorité, rassurée par ces déclarations, aurait cependant voulu introduire au moins le mot *présomption légale* dans le deuxième alinéa de l'art. 1er. Mais, avec cet entêtement dont les discussions offrent souvent l'exemple, la majorité a été d'avis : « Que ceci était inutile et contraire aux habitudes juridiques. La loi ne se sert du mot *présomption légale* que dans les art. 1350 et 1352 dans lesquels elle en détermine la nature et le caractère ; partout ailleurs, elle procède par simple affirmation. » C'est sur ces considérations que l'art. 1er modifié fut voté par le Sénat avec la modification proposée.

Les mêmes objections furent reproduites après le vote du Sénat et avant le vote définitif de la Chambre des députés, à qui le texte modifié avait dû être renvoyé.

Devant la Chambre des députés, le rapporteur a d'abord insisté sur ce point que le Sénat avait voulu établir une présomption légale *juris et de jure*, et il termine son rapport dans les termes suivants :

« Le rapport au Sénat ne peut laisser aucun doute, car il s'explique dans les termes les plus précis : *le changement de rédaction*, dit-il, *n'a aucune portée : le projet de loi admet, en réalité, une présomption légale en vertu de laquelle toute opération se produisant sous la forme d'un marché à terme ou à livrer sera réputée une vente sérieuse et non un jeu ou pari sur les variations des cours. Or contre les présomptions légales nulle preuve n'est admise. On ne pourra plus démon-*

trer qu'une opération ayant la forme d'un marché à terme ou à livrer est, en réalité, un jeu ou un pari. — Comment serait-il possible qu'après des déclarations aussi nettes et aussi formelles, que le Sénat s'est approprié par son vote, et que la Chambre ratifiera sans doute par le sien, comment serait-il possible, disons-nous, que les tribunaux *eussent encore la velléité* d'admettre qu'il n'y a là qu'une présomption qui peut être détruite par la preuve contraire, que rien n'est changé dans la législation, et que les parties pourront, comme par le passé, se prévaloir de l'art. 1965 pour se soustraire à leurs engagements? — Votre commission ne le pense pas; elle affirme de nouveau que tous les marchés à terme ou à livrer, tels qu'ils sont connus et pratiqués dans le monde des affaires, constituent par eux-mêmes une preuve contre laquelle nulle preuve contraire n'est admise, et c'est sous le bénéfice de ces observations qu'elle vous propose d'adopter le projet de loi tel qu'il a été voté par le Sénat. »

324. Il n'était pas possible de s'exprimer plus clairement; ce sont là non de simples opinions exprimées au cours d'une discussion, mais des déclarations officielles émanées de personnes ayant qualité pour les faire. Néanmoins certaines décisions n'ont pas craint d'affirmer que la loi du 28 mars 1885 n'avait pas entendu mettre à l'abri de toute action en nullité les opérations de jeu qui se cachent sous l'apparence d'un marché à terme; que la preuve d'une telle dissimulation peut se faire par tous les moyens de droit commun (1) et que l'exception de jeu est opposable par le client qui a eu l'intention évidente de jouer, à son agent de change qui n'a pu l'ignorer (2). Quelques auteurs ont approuvé cette manière d'interpréter et d'appliquer une loi qui, cependant,

(1) Paris, 20 juin 1894, D. 95, 2, 52.
(2) Trib. Seine, 29 déc. 1885, *Le Droit*, 31 janv. 1886.

n'a pas eu pour but de favoriser les aigrefins hypocrites toujours prompts à réclamer le paiement, quand ils gagnent et à opposer l'exception de jeu quand ils perdent (1).

Les Cours d'appel reconnaissent, en général, que la loi du 28 mars 1885 a établi une présomption légale de validité à l'égard des marchés à terme ou à livrer contractés dans les formes accoutumées, et que les tribunaux, désormais, ne peuvent plus accueillir l'exception de jeu que dans les cas où l'intention commune de jouer résulte d'un écrit dressé à l'origine des opérations (2).

Telle est la portée de la loi de 1885. Elle ne laisse donc qu'une possibilité bien rare d'application à l'exception de l'art. 1965, en matière de marchés à terme ou à livrer. Mais pour les cas où cette application aura lieu, la législation et la jurisprudence antérieures restent entières et doivent produire tous leurs effets.

325. On s'est demandé si la loi de 1885 était ou n'était pas rétroactive. En faveur de la rétroactivité on a soutenu que cette loi étant d'ordre public devait, à ce titre, rétroagir de plein droit; que, de plus, elle ne crée pas précisément un droit nouveau, mais se borne plutôt à consacrer un état de choses préexistant, et que, par suite, les tribunaux doivent en faire l'application aux litiges relatifs à des faits antérieurs à sa promulgation (3).

Mais il ne s'agit pas de savoir si la loi de 1885 est ou n'est pas d'ordre public. Car si l'ordre public peut motiver la promulgation d'une loi nouvelle, des considérations égale-

(1) GUILLOUARD, n° 115; Comp. LACOSTE, *Explic. de la loi de* 1886, p. 42 et suiv.; SARRUT, note dans D. 1885, 2, 121.

(2) Dijon, 18 mars 1891, D. 91, 2, 384; Montpellier, 7 mai 1885, D. 85, 2, 121; Paris, 6 juin 1885, D. 85, 2, 121; Paris, 19 juin 1885, D. 85, 5, 171; Trib. Seine, 1er déc. 1897, *Le Temps*, 2 déc. 1897; Comp. Paris, 22 nov. 1895, D. 96, 2, 24.

(3) Paris, 6 juin et 19 juin 1885, S. 86, 2, 1; GENEVOIS, *La nouv. lég. des marchés à terme*, p. 17 et suiv.

ment d'ordre public peuvent empêcher que cette loi rétroagisse (Voy. t. I, n° 93). Ensuite, il n'est pas vrai que la loi de 1885 ne fasse que consacrer un état antérieur puisqu'elle soustrait aux dispositions de l'art. 1965 toute une catégorie de contrats qui tombaient sous leur application. C'est donc avec raison que la Cour de cassation a décidé que la nouvelle loi s'appliquait seulement aux faits postérieurs à sa promulgation (2).

N° 3. — Des loteries.

326. — Coup d'œil rétrospectif.
327. — L. 31 mai 1837. Analyse de cette loi.
328. — Loteries interdites.
329. — Loteries autorisées; effets.

326. Nous devons encore parler d'un jeu d'une nature particulière, qui a produit de grands ravages à certaines époques. Il s'agit de la loterie.

C'est un édit de mai 1539 qui a créé en France la loterie, en proclamant avec une impudente hypocrisie qu'il s'agissait *de faire cesser les inconvénients du jeu!* Mais cette nouveauté ne tarda pas à être interdite, et certains arrêts de règlement de 1598, 1604 et 1657, allèrent jusqu'à annuler les autorisations antérieurement obtenues d'instituer des loteries.

Au XVIII^e^ siècle, le gouvernement royal, pour se procurer des ressources, créa les loteries d'État, tandis que la concurrence des loteries particulières demeura supprimée, sauf dans le cas d'autorisations spéciales toujours payées.

Supprimée à nouveau sous toutes ses formes par le décret du 25 brumaire an II, la loterie nationale, plus tard appelée royale, fut rétablie par le Directoire le 7 vendémiaire an VI.

(2) Cass. 12 juill. 1888, D. 89, 1, 10; Cass. 18 avr. 1887, D. 87, 1, 153.

Enfin, la loi du 21 mai 1836 a définitivement prohibé la loterie et l'a replacée sous l'empire des règles de droit commun relatives aux jeux de hasard, sauf le cas d'autorisation spéciale.

327. Cette loi du 21 mai 1836 contient dans son art. 2 une définition des loteries :

« Sont réputées loteries, et interdites comme telles, les ventes d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuées par la voie du sort, auxquelles auraient été réunies des primes ou autres bénéfices dus au hasard, et généralement, toutes opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort; »

D'où il résulte que quatre conditions sont nécessaires pour constituer une loterie :

1° L'opération doit avoir pour mobile l'espérance d'un gain;

2° La chance de gain doit être acquise aux joueurs en échange d'une certaine somme d'argent; autrement, il n'y aurait pas concours simultané d'une chance de gain et d'une chance de perte et la convention serait une libéralité comme les *congiaria* de Rome, et non un contrat aléatoire;

3° L'opération doit être publique;

4° Le gain doit être acquis par la voie du sort.

Le même texte indique que la loterie peut avoir pour objet des meubles et des immeubles, c'est-à-dire toute espèce de choses. En pratique, les loteries immobilières sont excessivement rares. Au contraire, les loteries de meubles sont fréquentes, notamment celles qui portent sur des sommes d'argent.

Elles sont généraiement autorisées, soit dans un but de bienfaisance, soit pour favoriser le crédit de certaines entreprises commerciales ou industrielles. Les premières sont de véritables loteries, tandis que les secondes résultent de l'émission de valeurs faites d'une certaine manière. L'*alea* peut alors influencer de diverses façons le remboursement des valeurs émises.

Il se peut que l'*alea* porte seulement sur l'anticipation du remboursement au pair d'une créance exigible, d'après le titre, à une époque fixe plus ou moins reculée. Dans ce cas, il n'y aurait pas loterie à proprement parler, parce que la chance ne porterait pas sur un gain à effectuer par la voie du tirage au sort. C'est ce qui se produit dans le remboursement au pair, d'après un tirage annuel, des obligations émises par une société. La même chose se produit quand le remboursement a lieu avec primes uniformes pour tous les possesseurs de titres.

L'*alea* porte sur le chiffre de la somme à toucher par le porteur de titre quand des obligations émises à un taux uniforme sont remboursables à un taux variable déterminé par le sort, c'est ce qu'on appelle des *valeurs à lots*. Leur émission constitue une loterie et ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi.

328. Les loteries interdites sont évidemment nulles et ne peuvent engendrer aucune obligation ni de la part des organisateurs de la loterie, ni de la part des souscripteurs. Il en résulte que nul ne pourra être forcé d'exécuter l'engagement souscrit par lui de prendre un billet d'une loterie non autorisée. De même les porteurs de billets ne pourront pas forcer les organisateurs à procéder au tirage et à la livraison des lots.

Cependant si l'organisateur avait vendu des billets, il ne pourrait pas invoquer l'art. 1965 pour refuser d'en rembourser le prix dans le cas où il ne voudrait pas procéder au tirage. La convention intervenue entre lui et les porteurs de billets n'ayant pas été exécutée par lui, les versements effectués entre ses mains ont eu lieu sans cause, dit-on, c'est-à-dire sans contre-partie, et leur montant peut être répété en vertu de l'art. 1131 (1).

(1) Douai, 6 août 1883, cité par Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*, p. 296.

Mais si la convention a été exécutée de part et d'autre, il ne peut y avoir répétition d'aucun côté (1).

329. Les loteries autorisées sont de véritables contrats engendrant de part et d'autre des obligations corrélatives.

Les porteurs de billets en ayant effectué le paiement sont en droit d'exiger le tirage au sort des lots, en conformité de la convention. C'est-à-dire qu'ils devront attendre, soit que tous les billets aient été placés, soit que le *minimum* au-dessous duquel il peut avoir été convenu que le tirage n'aurait pas lieu, ait été atteint. Les lots une fois tirés devront être remis aux porteurs des billets dont les numéros ont été favorisés par le sort. Que si un des gagnants prétend avoir perdu le billet en vertu duquel il réclame un lot, il devra, pour s'en faire effectuer la livraison, prouver la perte ou tout autre fait par lequel il explique qu'il ne soit pas resté nanti de ce titre.

La jurisprudence a eu à examiner quels sont les droits des gagnants, lorsque, par suite d'un fait quelconque, il arrive que deux ou plusieurs personnes sont nanties de billets portant un numéro identique, et que le sort a attribué un lot unique, à ce même numéro.

La question se réduit à examiner à qui est imputable la co-existence de ces billets identiques. Il est évident que ce sont les organisateurs de la loterie qui sont seuls responsables de l'offre qui en a été faite au public. Aussi a-t-il été décidé que chaque porteur d'un billet numéroté dans ces conditions aurait le droit d'exiger en totalité la livraison du lot (2).

Les administrateurs doivent encore indemniser les porteurs de billets qui n'auraient pas participé aux chances du tirage au sort, par suite d'une omission de laquelle serait résultée pour eux l'impossibilité de voir sortir leur numéro.

(1) Voy. Bruxelles, 27 mai 1886, *Pas.*, 86, 2, 293.
(2) Paris, 18 mars 1853, S. 53, 2, 209.

Quel sera, dans ce cas, le montant de l'indemnité due au porteur ainsi frustré? Il ne saurait d'abord être question de lui attribuer la valeur d'un lot, car rien ne prouve que son billet aurait été nécessairement favorisé par le sort. Il a en effet acheté seulement une chance moyennant un équivalent qui est le prix du billet. Il semble donc qu'il ne puisse réclamer que ce qu'il a donné en échange. Il faudra cependant tenir compte des circonstances qui peuvent avoir augmenté la valeur de la chance entre le moment où le billet a été acheté et celui où le tirage a eu lieu. C'est ce qui aura lieu quand la totalité des billets émis n'aura pas été placée. Il est évident que, dans ce cas, la chance des numéros placés qui seuls concourent au tirage sera plus grande que si tous avaient trouvé des acquéreurs. Enfin il arrive quelquefois que les billets d'une loterie *font prime* quand le moment du tirage approche et qu'il est difficile de s'en procurer. C'est encore une circonstance dont il faudra tenir compte (1).

N° 4. — Refus de l'action en répétition.

330. — Non répétition de ce qui a été volontairement payé au gagnant, art. 1967. — Pourquoi? Raisons utilitaires peu justifiées.
331. — Raisons juridiques : explications tirées de ce que le jeu engendrerait une obligation civile non exigible, ou une obligation naturelle; réfutation :
332. — Ou une obligation de conscience, réfutation.
333. — Conclusion : La non-répétition est justifiée par la règle : *in pari causâ*...
334. — La prestation effectuée doit avoir été volontaire. Influence de la violence, du dol ou de l'erreur objective.
335. — *Quid* de l'erreur subjective? Controverse, conclusion.

330. Nous avons mentionné souvent cette règle que les choses livrées en exécution d'une convention relative à un jeu illicite ne pouvaient être répétées.

(1) Voy. Trib. Seine, 30 mars 1853, S. 53, 2, 209.

Le droit romain admettait, au contraire, la répétition de la manière la plus large. Il l'autorisait même de la part du fisc et de certains fonctionnaires, quand les intéressés directs ou leurs héritiers négligeaient de l'exercer; ce qui était excessif.

Le Code civil, à l'imitation de notre ancien droit (1), a cru mieux faire en adoptant une solution différente :

ART. 1967. Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie (*).

On reconnaît que cette solution présente l'inconvénient d'encourager le jeu ou le pari dans une certaine mesure, en assurant au joueur heureux la paisible possession de son gain, s'il l'a perçu. « Mais cet inconvénient, dit-on, est peu de chose si on le compare au mal social et au scandale dont les procès en répétition seraient l'occasion, et aux détestables exemples que ces débats donneraient à la foule *qui se presserait pour en être témoin*. En pareille matière, il est sage d'interdire tout débat et de refuser l'accès des tribunaux à ceux qui ont contrevenu à la défense de la loi (2). »

Cette raison, purement utilitaire, aurait quelque valeur, si on pouvait arriver, en effet, à empêcher des débats considérés comme scandaleux. Mais il n'en est rien : l'art. 1967 autorise, en effet, l'action en répétition en cas de dol, supercherie ou escroquerie. Dans ces conditions le texte ne fait jamais obstacle à une tentative de répétition de la part de celui qui veut en courir la chance. Il ne manque pas, en effet, d'alléguer qu'il n'a pas payé volontairement, ou bien qu'il y a eu dol de la part du gagnant, de sorte que le débat public qu'on voulait éviter se produit toujours.

Il faut donc laisser de côté cette considération et certaines

(*) Art. 1967. — *Contrà*, L. 1 pr. C. 3, 43, *De aleat.*

(1) Voy. Ord. de Moulins, fév. 1566, Ord. du 30 mai 1611, de janv. 1629.

(2) GUILLOUARD, n° 75.

autres qui n'ont pas plus de valeur si l'on veut se rendre compte de la prohibition de l'art. 1967 (1). C'est uniquement dans la nature juridique des effets du jeu ou du pari que doit être cherchée l'explication et la justification de cette prohibition.

331. Sur ce point plusieurs opinions différentes ont été émises.

Il faut d'abord éliminer tout de suite une affirmation singulière aux termes de laquelle le jeu, quoique ne pouvant constituer une cause légale d'obligation, engendre cependant une obligation civile valable, mais dépourvue d'action (2), ou, en d'autres termes, *non* exigible (3)! Cela est absolument inintelligible, car, par définition même, les obligations civiles sont celles que la loi civile sanctionne par une action (4).

Il faut donc chercher ailleurs la justification de la règle qui prohibe la répétition pour les choses payées à l'occasion du jeu.

Suivant certains auteurs, « le refus de l'action en répétition est le signe qu'il y a dans le jeu et le pari une obligation naturelle, bien que Pothier n'y voie qu'une obligation de conscience. L'art. 1235, en effet, porte que la répétition n'est point admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, et l'on reconnaît que c'est le trait distinctif de l'obligation naturelle, l'effet principal qu'elle produit (5) ».

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 207.

(2) PILLETTE, *Revue pratique*, 1853, p. 442 et suiv. ; Comp. PONT, *loc. cit.*, n° 603.

(3) FRÈREJOUAN DU SAINT, *Jeu et pari*, n^{os} 4 et 37.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 883; Comp. GUILLOUARD, n° 36.

(5) GUILLOUARD, n° 36; Conf. LAROMBIÈRE, t. II, art. 1235, n° 6; AUBRY et RAU, § 286, texte et note 2; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 178 *bis* I; LAURENT, t. XXVII, n° 194; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 882; Voy. Cass. 30 mai 1838, S. 38, 1, 753; Douai, 8 août 1857, D. 58, 2, 46.

D'abord il n'est pas exact que tout le monde reconnaisse que la non-répétition soit le signe distinctif de l'obligation naturelle. C'est là une vieille opinion qui repose sur une pure équivoque.

La non-répétition de ce qui a été presté peut en effet tenir à plusieurs causes différentes; elle peut n'être pas possible :

1° Parce qu'elle a eu lieu en vertu d'une obligation civile,

2° Ou en vertu d'une obligation naturelle,

3° Ou en vertu d'une obligation de conscience,

4° Ou par application de la règle : *in pari causâ melior est conditio possidentis.*

Il n'est donc pas permis, du seul fait de la non-répétition, de conclure à la présence d'une obligation naturelle.

Le trait distinctif d'une obligation naturelle consiste en ce que, n'engendrant pas d'action, elle compte, néanmoins, dans le patrimoine du créancier, et que, suivant la formule usitée, elle fait partie de ses biens (1). A ce titre, elle peut être novée, servir de base à un gage, à un cautionnement, en un mot, à tout acte volontaire de la part du débiteur, ce qui exclut seulement la compensation.

Aussi certains auteurs qui voient, dans la dette de jeu, une obligation naturelle, n'hésitent pas à reconnaître qu'elle doit produire tous les effets ci-dessus indiqués de l'obligation naturelle en général (2). Les autres déclarent fort arbitrairement que la prétendue obligation naturelle résultant du jeu ne peut être novée, ni garantie par un gage, un cautionnement, etc. (3). Pourquoi? Les uns invoquent l'utilité sociale qui aurait fait traiter l'obligation naturelle résultant du jeu plus rigoureusement que les autres obligations naturelles, les autres se bornent à formuler une simple affirmation : On

(1) MASSOL, *Oblig. nat.*, n° 2, p. 8; Voy. p. 230 et 234.
(2) VIGIÉ, *Cours élém.*, t. III, p. 562.
(3) AUBRY et RAU, § 297, texte et note 28; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 178 *bis* I.

conçoit fort bien, disent-ils, que la dette de jeu produise quelques-uns des effets de l'obligation naturelle, sans qu'elle doive nécessairement les produire tous (1).

Cette assertion est fort contestable, et nous n'hésitons pas à adopter l'opinion de Massol qui écrivait : « L'obligation naturelle produit des effets généraux, absolus, qui peuvent s'appliquer à toutes les espèces d'obligations appartenant à cette catégorie, de telle sorte que nous ne reconnaîtrons le caractère d'obligation naturelle, dans les diverses obligations successives que nous analyserons, qu'autant que la loi leur attribuera la même sanction. Les distinctions proposées par les juristes, en dehors de notre règle, nous paraissent fautives et propres à perpétuer la confusion entre l'obligation naturelle et les devoirs moraux (2). »

Il y a, d'ailleurs, à faire une observation bien simple : le législateur a-t-il quelque part marqué l'intention de distinguer entre la dette de jeu et les autres obligations naturelles (3)? Certainement non. Par conséquent, de ce que il paraît démontré que la dette de jeu ne peut pas être novée, ne peut pas servir de base à un cautionnement, ni à un gage, nous sommes autorisés à conclure qu'elle ne constitue pas une obligation naturelle. Il est, d'ailleurs, certain qu'il ne peut y avoir d'obligation naturelle à l'encontre des prohibitions de la loi positive (Voy. t. VII, n° 239.).

332. Le jeu prohibé engendrera-t-il au moins une obligation de conscience ou de convenance?

C'était l'opinion de Pothier : « Le contrat de jeu, disait-il, quoique intervenu contre la défense de la loi civile, étant un contrat qui ne renferme aucune injustice en soi, ne doit pas moins obliger celui qui a perdu à exécuter son engagement

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 882.
(2) *Loc. cit.*, p. 32.
(3) *Sic*, VIGIÉ, *loc. cit.*

et à payer la somme qu'il a jouée, et ce contrat est une *juste cause* d'acquisition que le gagnant fait de cette somme (1). »

Cela pourrait se soutenir, mais n'épuise pas la question. Quelle est cette *juste cause* d'acquisition dont le gagnant va bénéficier? Ce ne peut être un paiement, puisqu'il n'y avait ni obligation civile, ni obligation naturelle. Il faut donc que ce soit une libéralité, puisqu'il s'agit de ce qu'on appelle une obligation de conscience, acquittée *nullo jure cogente*, et que l'accomplissement d'une telle obligation constitue une libéralité (Voy. t. VII, nos 2 et 234).

Il n'est pas absurde, en effet, de voir une sorte de libéralité dans l'accomplissement volontaire d'une prestation à laquelle on n'est soumis ni par une obligation naturelle ni par une obligation civile.

Voyons les conséquences de cette solution :

« Si, dans ce dernier cas, le *solvens* doit être considéré comme ayant fait une libéralité, il faudra appliquer toutes les règles de fond concernant les actes à titre gratuit. Cette libéralité sera donc, suivant les cas, réductible à la quotité disponible; rapportable, révocable pour toutes les causes spéciales de révocation admises en matière de donations et, notamment, en cas de *survenance d'enfants*. Supposons donc qu'un individu, pour satisfaire à ce qu'on appelle une dette d'honneur, c'est-à-dire une dette de jeu, transfère, sachant fort bien que rien ne l'y oblige, tout ou partie de son patrimoine à celui qu'il veut désintéresser; s'il se marie et a des enfants, la libéralité dont il s'agit sera révoquée. Ce résultat n'est pas plus choquant que celui que produit la révocation des donations par survenance d'enfants dans les cas ordinaires. Il n'y a qu'une seule différence; c'est que dans les cas ordinaires, le donataire pouvait avoir quelque titre à l'affection du *solvens*. D'ailleurs, d'après Vinnius, il n'y a

(1) *Du contrat de jeu*, no 55.

rien de plus absurde « *quo nihil absurdius dici potest* » que la révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfants (1). Si Vinnius a raison, la révocation dans notre hypothèse serait un peu moins absurde que dans les cas ordinaires (2). »

Mais est-il bien certain que le *solvens* a entendu que la prestation, par lui effectuée, vaille, sinon à titre de paiement, au moins et subsidiairement à titre de libéralité?

333. Peut-être, oui; peut-être, non. Aussi la loi, et c'est là notre conclusion, n'a-t-elle pas voulu qu'un débat puisse s'élever sur un point aussi obscur. Elle a considéré que les deux parties se sont mises également en contravention à l'égard de ses dispositions prohibitives; que la prestation effectuée par le perdant n'est pas un paiement proprement dit; que ce n'est pas non plus une libéralité; mais qu'elle constitue un simple fait devant être maintenu par application de la règle : *in pari causa melior est conditio possidentis*. La loi ne veut pas que la justice ait à statuer sur la demande de celui qui, en jouant, a méconnu lui-même la loi qu'il invoque (3). Le fait de la détention devient donc, en vertu de la loi, le titre d'acquisition du gagnant.

On a sontenu, il est vrai, que la règle *in pari causa...* n'avait pas été acceptée par le législateur français, soit parce que l'une des parties ne peut s'enrichir aux dépens de l'autre, soit parce que l'art. 1376 oblige celui qui reçoit l'indu à en opérer la restitution (4). Mais l'art. 1376 est uniquement relatif au cas d'un paiement fait par erreur, et non au cas où il y a eu de la part de celui qui a effectué la prestation ce que les Romains appelaient *turpitudo* ou *turpis*

(1) *Select juris quæst.*, I, II et XXII.

(2) Eva. Huc, *Le jeu et le pari* (Thèse), Paris, 1894, p. 104.

(3) Mourlon-Demangeat, t. III, n° 1079 *quinquies;* Massol, *loc. cit.*, p. 303.

(4) Marcadé, t. V, p. 457.

causa, que nous traduirons par *le tort blâmable d'avoir méconnu une prohibition de la loi*, l'expression *turpitude* étant exagérée dans le cas envisagé. Quant au principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, il suffit d'observer qu'il était admis chez les Romains qui, cependant, nous ont transmis la règle *in pari causa*... On ne peut pas dire qu'il y a enrichissement aux dépens d'autrui quand la loi refuse une action ou accorde une exception pour la paralyser. Sinon, aucune exception ne paraîtrait légitime. La prestation, on le suppose, a, d'ailleurs, consisté dans un acte émané de la volonté libre du *solvens*. Quand cet acte volontaire s'est produit, on ne peut pas dire qu'il en est résulté un enrichissement aux dépens d'autrui; or, la loi n'a pas voulu sanctionner un changement ultérieur de cette volonté.

Au contraire, si cet acte n'a pas été volontaire, le perdant aurait l'action en répétition.

334. Il faut donc voir dans quels cas la prestation effectuée par le perdant ne sera pas considérée comme volontaire.

Les auteurs qui ont classé les dettes de jeu parmi les obligations naturelles, sont logiquement conduits à rapprocher de l'art. 1967 l'art. 1235 aux termes duquel la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, et à interpréter le premier par le second (1).

Comme il ne s'agit pas ici d'obligation naturelle, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, la prestation effectuée par le perdant n'est pas un paiement et ne peut pas être régie par les textes relatifs au paiement.

Il faut donc appliquer l'art. 1967 sans le mettre en relation avec des dispositions tout à fait étrangères à notre matière.

Quel est donc le sens de l'art. 1967?

On a prétendu, contrairement à toute évidence, que ce

(1) Voy. GUILLOUARD, nos 76 et suiv.

texte considère d'abord en elle-même la prestation dont il s'agit, et la considère ensuite en la rapprochant du jeu à l'occasion duquel elle est intervenue :

On a dit : d'abord la prestation, qu'on persiste à appeler un paiement, considérée en soi, doit avoir été exempte de dol, de violence et d'*erreur*. En second lieu, quand même le paiement aurait été fait librement, il faut encore que le gain n'ait pas été déterminé par le dol, la supercherie ou l'escroquerie du gagnant.

Ces deux circonstances distinctes doivent donc se trouver réunies pour que la répétition ne soit pas admise (1).

Mais ces deux circonstances forment un tout indivisible, et voici le sens de l'art. 1967.

La loi considère uniquement le fait de la prestation effectuée. Cette prestation doit d'abord être faite librement, c'est-à-dire sans violence. A ce point de vue elle doit être volontaire. Elle doit encore être volontaire en ce sens que le gain ne doit pas avoir été déterminé par le dol, c'est-à-dire par la supercherie ou l'escroquerie du gagnant. Si la prestation avait eu lieu par le perdant alors que celui-ci ignorait le dol, la supercherie ou l'escroquerie dont il a été victime, il y aurait eu de sa part une erreur, erreur objective ayant empêché la prestation d'être volontaire. Le perdant pourrait donc répéter.

335. En serait-il de même si, à la place de cette erreur objective, nous mettons une erreur subjective? L'opinion que nous combattons soutient l'affirmative, elle enseigne que si la prestation a été effectuée par une personne qui croyait être tenue d'une obligation civile alors qu'elle est simplement tenue d'une obligation naturelle, la répétition pourra avoir lieu (2). Mais il ne s'agit ni d'une obligation

(1) GUILLOUARD, nos 77 et 78.
(2) GUILLOUARD, no 81.

naturelle ni d'un paiement, il s'agit uniquement d'une prestation que la loi déclare maintenir pourvu qu'elle soit volontaire, c'est-à-dire exempte de violence et de l'erreur objective qui a pu être déterminée par le dol de l'adversaire. Voilà pourquoi le texte ne parle pas d'une erreur subjective qui aurait pu porter sur la nature du lien en vertu duquel le perdant se croyait tenu. La loi du reste n'avait pas à en parler et ne pouvait pas en parler; elle se plaçait en présence de l'hypothèse suivante : un individu réclame la restitution d'une chose qu'il prétend avoir livrée en exécution d'un pari ou d'un jeu dont il ne critique pas la loyauté, et il n'allègue pas avoir été contraint à cette prestation par violence. La loi le prend au mot : Vous invoquez, lui dit-elle, l'exécution d'une convention illicite de jeu ou de pari, cela suffit; il y a eu tort de votre part, tort de la part de votre adversaire, *in pari causa*... Vous n'êtes donc pas recevable. Pour qu'il en fût autrement, il vous faudrait prouver la violence ou le dol de l'adversaire, c'est-à-dire une supercherie de la part de celui-ci (1).

Ce qui a surtout contribué à obscurcir les difficultés que nous venons d'examiner, c'est l'application que certains auteurs ont voulu faire au jeu et au pari des principes sur l'obligation naturelle. Il faut dire aussi que le langage du Code a encore contribué à entretenir l'équivoque. Quand il s'agit d'un jeu ou d'un pari défendus et par conséquent illicites, l'opération, au point de vue juridique, est absolument sans effet, et n'engendre comme nous l'avons démontré, aucune dette soit civile, soit naturelle, et ne peut servir de base à un paiement. Cependant les rédacteurs du Code civil, adoptant le langage du vulgaire, ont parlé dans les art. 1965 et 1967, de dettes de jeu, et du paiement qui peut être effectué à leur occasion.

(1) Comp. PILLETTE, *Revue prat.*, 1863, p. 442.

Il est manifeste qu'il ne saurait être question d'un véritable paiement dans le sens juridique de l'expression. Il ne saurait donc être question d'une véritable dation en paiement. Sans doute le perdant peut donner au gagnant, qui l'accepte, une chose autre que celle formant l'enjeu convenu, mais il n'y aura pas là une véritable dation en paiement donnant lieu à la garantie en cas d'éviction (1) (Voy. *suprà*, 310).

Enfin pour que la répétition ne puisse pas avoir lieu, il faut que le perdant ayant effectué la prestation envisagée ait eu la capacité d'aliéner la chose qui en a fait l'objet. C'est ce qui résulte des principes généraux. Dans l'opinion qui attribue au jeu et au pari illicites la vertu d'engendrer une obligation naturelle, on applique l'art. 1238 relatif à la validité du paiement.

(1) Cass. 6 août 1878, D. 79, 1, 70; Comp. PONT, *loc. cit.*, n° 655; GUILLOUARD, n° 85.

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

SECTION Ire.

Des conditions requises pour la validité du contrat.

336. — Notion de la rente viagère; comment elle peut être constituée, art. 1968 à 1970.
337. — Quand est-elle constituée à titre gratuit; *Quid* en cas de réversion au profit du survivant, si chacun des crédi-rentiers n'a fourni qu'une part du capital?
338. — Sur la tête de qui elle peut être constituée, art. 1971, 1972.
339. — De la rente établie sur plusieurs têtes.
340. — Rente créée moyennant l'abandon d'un immeuble ou autre objet; vente à fonds perdu.
341. — Rente créée au profit d'un tiers, art. 1973.
342. — Cas où celui sur qui la rente a été établie était déjà décédé au moment du contrat, art. 1974.
343. — Comparaison avec l'art. 365, C. com.
344. — Cas où le crédi-rentier est décédé entre la date du contrat, et celle du jour où la rente devait commencer à courir.
345. — Cas où le crédi-rentier meurt d'une maladie dont il était atteint à la date du contrat, art. 1975.
346. — *Quid* si un tel décès se produit au cas d'une rente constituée sur plusieurs têtes? Controverse.
347. — Le contrat est alors simplement annulable.
348. — Comment s'applique l'art. 1975.
349. — De la preuve en cette matière; spécialement quant à la date du contrat.
350. — Taux de la rente, art. 1976.

336. La rente viagère est celle dans laquelle l'obligation de payer des arrérages est limitée à la vie du crédi-rentier ou d'une autre personne.

Quand elle dérive d'un contrat, les arrérages accordés par

le débi-rentier sont en général supérieurs aux revenus annuels qu'aurait pu produire le capital aliéné, s'il eût été régulièrement placé à intérêts. A ce point de vue le contrat de rente viagère présente une certaine utilité pour ceux qui n'ont, pour vivre, qu'un revenu insuffisant.

Dans ce cas c'est le débi-rentier qui fait la loi; il spécule sur les conditions d'âge et de santé de celui qui se présente pour faire un placement *à fonds perdus*, et il se crée à lui-même un intérêt à la mort de ce dernier.

Quelquefois, mais bien plus rarement, c'est le crédi-rentier qui exploite un ou plusieurs débi-rentiers en spéculant sur des apparences maladives pouvant laisser croire à sa fin prochaine.

Il peut encore arriver qu'un industriel ayant besoin d'un certain capital pour développer son industrie, et voulant s'affranchir de toute préoccupation quant à son remboursement, offre de prendre ce capital à fonds perdus. On lit souvent dans les journaux des offres de ce genre. En pareille hypothèse, c'est le débi-rentier qui subit la loi.

La rente ne doit pas être confondue avec le *bail à nourriture*, convention par laquelle une personne moyennant une somme une fois payée, s'oblige à nourrir et entretenir, durant sa vie, une autre personne (1).

Quand elle se produit sous la forme d'une libéralité la constitution de rente ne peut soulever aucune objection.

ART. 1968. La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble.

ART. 1969. Elle peut être aussi constituée, à titre purement gratuit, par donation entre-vifs, ou par testament. Elle doit être alors revêtue des formes requises par la loi.

ART. 1970. Dans le cas de l'article précédent, la rente viagère est réductible, si elle excède ce dont il est permis de disposer : elle est nulle, si elle est au profit d'une personne incapable de recevoir.

Dans ce dernier cas, elle peut, d'après la jurisprudence,

(1) Rennes, 21 mai 1883, S. 85, 2, 184.

être stipulée incessible, et n'est pas alors remboursable (1) (Voy. cep. t. IV, n° 86).

On peut d'ailleurs, s'il s'agit d'une libéralité entre-vifs, adopter la forme authentique réglée par l'art. 921, ou celle d'un acte entre-vifs à titre onéreux (2), puisque la jurisprudence valide les libéralités ainsi déguisées.

337. La rente destinée à acquitter une obligation naturelle ou à rémunérer des services rendus n'est pas considérée comme étant créée à titre gratuit, et peut être établie par acte sous seing privé (3).

Il y a eu plus de difficulté pour le cas où une rente a été créée sur la tête de deux personnes moyennant la remise d'un capital qu'elles ont fourni, chacune par moitié, avec clause de *réversibilité* totale au profit du survivant.

Il n'y a pas alors donation quoique on l'ait soutenu (4). Il faut bien se rendre compte de l'hypothèse : un industriel offre de prendre, *à fonds perdus*, un capital de 20,000 francs. Un individu qui ne peut disposer que de 10,000 francs, propose à un autre de fournir de son côté une somme égale de 10,000 francs, pour conclure ensemble une affaire paraissant avantageuse. Celui-ci accepte, à la condition qu'on insère dans l'acte une clause de reversibilité de la rente au profit du survivant. Aucun des crédi-rentiers n'a eu l'intention de faire une libéralité quelconque à l'autre. Chacun est devenu personnellement titulaire de la rente entière pour tout le temps de sa durée *maxima*. Mais, par la force des choses, tant qu'ils vivront tous deux, ils s'en partageront les arrérages annuels. *Concursu partes fiunt*. Quand l'un d'eux sera

(1) Liège, 25 mai 1887, *Pas.*, 87, 2, 295.

(2) Cass. 10 juill. 1888, S. 88, 1, 409.

(3) Cass. 15 janv. 1890, D. 91, 1, 30; Paris, 8 nov. 1892, D. 94, 2, 191.

(4) Trib. Boulogne, 30 août 1867, S. 68, 2, 322; LABBÉ, note dans S. 1865, 2, 4.

décédé, l'autre jouira de la totalité de la rente, *potius jure non decrescendi quam jure accrescendi.* L'expression *réversibilité* est donc improprement employée dans notre hypothèse. Le survivant profite de la rente en totalité, en vertu d'un droit qui lui est propre, et non en vertu d'un droit transmis. Il en serait de même si la rente avait été constituée moyennant l'abandon d'un immeuble dont deux personnes seraient co-propriétaires. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens, mais par d'autres motifs qui ne paraissent pas bien concluants. On a dit, en résumé, que, puisqu'il est impossible de savoir lequel des deux survivra à l'autre, il n'y a pas de libéralité, mais une convention aléatoire, dont le survivant, quel qu'il soit, doit bénéficier (1).

La rente viagère constituée à titre gratuit, est rapportable et réductible. Nous rappelons à ce sujet que les héritiers réservataires ont, d'après l'art. 917, la faculté d'exécuter la disposition ou de faire l'abandon de la quotité disponible (Voy. t. VI, n° 151 à 154).

Il faut du reste considérer les art. 1969 et 1970, comme contenant un renvoi implicite aux règles du droit commun en matière de donations.

Les autres règles de notre chapitre ont été écrites en vue, principalement, des rentes viagères constituées à titre onéreux.

338. La rente est appelée viagère parce qu'elle est limitée, quant à sa durée à la vie d'une personne. De quelle personne?

ART. 1971. La rente viagère peut être constituée, soit sur la tête de celui qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir.

ART. 1972. Elle peut être constituée sur une ou plusieurs têtes.

Elle peut aussi être constituée sur la tête de celui qui doit la payer. Si le contrat ne désigne pas la personne sur la tête

(1) Cass. 26 janv. 1870, S. 70, 1, 84; Poitiers, 1er fév. 1881, S. 82, 2, 27; GUILLOUARD, n° 131.

de qui elle est constituée, on présumera que la rente durera autant que la vie de celui qui doit en jouir (1).

Constituer une rente sur la tête d'une personne signifie que l'*alea* ou chance d'extinction de la rente, reposera sur la tête de la personne désignée.

Cette personne sera, le plus souvent, celle *qui a fourni le prix,* suivant les expressions de l'art. 1971. Cela est tout naturel, puisque le contrat a été conclu dans son intérêt particulier. Mais de ce que le contrat a été conclu ordinairement, dans son intérêt particulier, il ne s'ensuit pas qu'il soit nécessairement conclu dans son intérêt exclusif. Quand un individu aliène un capital à fonds perdus, il fait, il est vrai, un calcul égoïste au préjudice de sa famille; mais il peut aussi vouloir ne pas sacrifier complètement les intérêts de celle-ci, et il cherchera alors le moyen de prolonger la rente au profit de ses propres héritiers. Il pourra atteindre le but en constituant la rente sur une autre tête *présumée moins fragile*, comme le disait le tribun Duveyrier (2). On reconnaît, en effet, que lorsque la rente est constituée sur la tête d'un tiers, ou même du débi-rentier, si le bénéficiaire meurt avant la personne désignée, la rente viagère se trouve dans sa succession et devra être payée à ses propres héritiers jusqu'au décès de la personne désignée (3).

Dans ces conditions, il n'est pas difficile de comprendre le but de la constitution d'une rente viagère sur la tête d'un tiers qui n'en doit pas jouir (4). D'ailleurs la disposition est traditionnelle, et elle nous vient de la pratique romaine en matière d'usufruit, matière voisine de la rente viagère. On

(1) PONT, *loc. cit.*, n° 686; GUILLOUARD, n° 140.

(2) LOCRÉ, t. VII, n° 356.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 892; GUILLOUARD, n° 143; Cass. 29 mai 1865, D. 65, 1, 364; Bordeaux, 15 fév. 1872, D. 73, 2, 16.

(4) Comp. LAURENT, t. XXVII, n°s 269, 272, 373; PONT, *loc. cit.*, n° 687; GUILLOUARD, n° 141.

léguait souvent un usufruit à un esclave, quoique le legs ne profitât jamais à celui-ci, mais à son maître. Seulement, comme l'*alea* se fixait sur la tête de l'esclave désigné, on trouvait, en désignant selon les cas, un esclave jeune ou vieux, le moyen de retarder ou d'avancer les chances ordinaires d'extinction du droit légué (1). En droit français on peut aussi assigner comme terme à un usufruit un âge atteint par une tierce personne (t. IV, n° 243). Mais l'événement peut venir déjouer toutes ces combinaisons, car le tiers considéré comme *moins fragile* peut cependant mourir le premier.

339. Si la rente est constituée sur plusieurs têtes, de manière à leur profiter successivement, il faut, dit-on, que les diverses personnes sur la tête de qui la rente est constituée, soient désignées dans l'acte même de constitution. Le créancier ne pourrait pas se réserver le droit de les désigner à son gré, par exemple à la mort de la première personne indiquée dans l'acte (2).

« S'il en était autrement, dit un arrêt de la Cour de Caen, le débiteur qui doit calculer les chances de profit ou de perte suivant l'âge, l'état de santé, la profession, les habitudes de celui sur la tête duquel la rente est constituée se trouverait à la merci du créancier qui pourrait *altérer le fond même de l'engagement* en désignant à sa volonté la personne pendant la vie de laquelle la rente devrait être servie, ou bien encore en faisant en quelque sorte revivre, par une désignation *in extremis*, une rente qui allait s'éteindre (3). »

On ajoute que « *tout ce qui concerne* la chance, qui est de l'essence du contrat, doit être déterminé par le contrat même de constitution (4) ».

Mais cette règle n'est écrite nulle part. Ce qui est essen-

(1) *Vatic. frag.*, 55, 57, 71; L. 15-17, C. 3, 33, *De usuf.*, etc.
(2) LAURENT, t. XXVII, n° 273; GUILLOUARD, n° 144.
(3) Caen, 16 mars 1852, S. 52, 2, 669.
(4) LAURENT, *loc. cit.*

tiel, c'est qu'il y ait une *alea*. Dans l'espèce, il y en a trois : l'*alea* attachée à l'incertitude quant à la durée de la vie du créancier ; l'*alea* attachée à l'incertitude quant à la désignation qu'il pourra faire d'une autre personne, et enfin l'*alea* attachée à la durée de la vie de cette dernière. Mais, dit-on, le débi-rentier va se trouver à la merci du créancier et le fond même de l'engagement pourra se trouver *altéré* par une désignation faite *in extremis*... Comment cela, puisque les parties ont prévu et voulu cette désignation? Il s'agit, par exemple, d'un vieillard, à qui un industriel gêné demande un prêt *à fonds perdus*. Je l'accorde, répond le vieillard, mais je me réserve le droit de désigner, même *in extremis*, une autre personne qui profitera de la rente après moi. J'accepte, répond l'industriel. Et plus tard, on viendrait arbitrairement briser cette convention, sous prétexte que le débi-rentier n'a pas pu apprécier l'âge, la santé, la profession, les habitudes de la personne ainsi désignée! Est-ce que, en matière d'assurances sur la vie, on n'admet pas que de telles assurances peuvent être faites au profit d'un tiers non encore né, ni même conçu au moment du contrat? (Voy. t. VII, n° 51.)

En réalité, dans l'espèce examinée, on a voulu arriver à une rescision du contrat, parce qu'on a considéré que le débi-rentier se trouvait lésé. On proclame que les contrats aléatoires échappent à la rescision pour cause de lésion, et on trouve ainsi le moyen d'en prononcer la rescision. Nous croyons, quant à nous, que la théorie de la rente viagère constituée sur la tête d'un tiers doit être combinée avec les règles concernant la stipulation pour autrui, et qu'une telle rente peut, en vertu d'une clause du contrat, être faite au profit d'un tiers qui, lorsqu'il sera désigné, devra être suffisamment indiqué pour que son individualité apparaisse (t. VII, n° 47 ; comp. t. VI, n° 316).

Tout cela, nous le reconnaissons, n'est pas sans difficulté ;

car, en matière d'assurance sur la vie, on rencontre des décisions qui annulent comme concernant des personnes incertaines les assurances faites au profit d'un tiers non encore né ou tout au moins conçu, et d'autres décidant que le bénéficiaire ne peut profiter de l'assurance qu'en vertu d'un droit successoral (Voy. t. VII, n° 52). Enfin quelques auteurs enseignent que les bénéficiaires recevant une libéralité doivent être nés ou tout au moins conçus à l'époque de la donation ou du décès du testateur (1). Dans l'hypothèse précédemment examinée il faudrait placer le moment de la donation non à l'époque de la constitution de la rente, mais à la date de la désignation faite par le constituant.

340. Quand la rente est créée moyennant l'abandon d'un immeuble ou d'un objet mobilier corporel, on dit qu'il y a vente *à fonds perdus*. La convention est synallagmatique. Le vendeur est tenu de la délivrance et de la garantie; il a le privilège ordinaire destiné à assurer le paiement du prix. Mais il sera, bien souvent, dans l'impossibilité d'invoquer, en fait, l'application de l'art. 1674 concernant la rescision pour cause de lésion. Nous avons déjà soutenu que la difficulté d'appliquer l'art. 1674 quand la vente est faite moyennant une rente viagère, existe plutôt en fait qu'en droit (Voy. t. X, n° 191) (2).

Quand la rente est créée moyennant l'abandon d'une somme d'argent, elle apparaît comme une variété du prêt à intérêt, ainsi que cela résulte des art. 1909 et 1910 déjà examinés. Elle dérive alors d'un contrat réel et unilatéral.

341. La rente est le plus souvent constituée au profit de celui qui en fournit ce qu'on appelle *le prix;*

Mais,

ART. 1973. Elle peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne. — Dans ce

(1) GUILLOUARD, n° 145.
(2) Cass. 19 nov. 1867, 68, 1, 23 ; Caen, 6 janv. 1879, S. 79, 2, 184;

dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations; sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'art. 1970.

Ce texte est général et ne distingue pas entre le cas où la stipulation relative à la rente se présente comme étant l'accessoire d'un contrat principal, hypothèse rentrant dans les prévisions de l'art. 1121 (Voy. t. VII, n° 50), et le cas où la création d'une rente viagère au profit d'un tiers est l'objet unique du contrat (1).

Dans le premier cas, l'incapacité du donataire, ou la réduction de la libéralité, ou même sa révocation ne saurait décharger le débi-rentier qui devrait alors servir la rente au stipulant ou à ses héritiers (Voy. t. VII, n° 49).

342. Que faudra-t-il décider si la personne sur la tête de qui on aura prétendu faire reposer l'*alea* d'une rente viagère, était déjà décédée au moment du contrat?

« Il est évident, répondait Pothier, qu'il est de l'essence du contrat de constitution de rente viagère qu'il y ait une personne sur la tête de laquelle la rente soit constituée. C'est pourquoi si vous m'avez constitué une rente viagère sur la tête de mon fils *dont j'ignorais la mort*, pour une certaine somme que je vous ai payée pour le prix de la constitution, le contrat de constitution est nul de plein droit; en ce cas j'aurai la répétition de la somme que je vous ai payée, *condictione sine causâ* (2). »

Deux observations sont nécessaires : d'abord si Pothier suppose que le futur crédi-rentier ignorait la mort de son fils, c'est uniquement pour empêcher le cas envisagé de paraître invraisemblable, car la solution eût été la même si le père avait connu le décès de son fils.

Contrà, GUILLOUARD, n° 134; Comp. Pau, 29 déc. 1886, S. 88, 2, 107.

(1) DURANTON, t. XVIII, n° 141; PONT, *loc. cit.*, n° 141; GUILLOUARD, n° 128; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 266; Trib. Bourges, 20 mars 1876, *Pas.*, 76, 3, 258.

(2) *Contrat de const. de rente*, n° 224.

En second lieu, Pothier ayant parlé de la *condictio sine causâ*, les auteurs ont vu là une occasion toute naturelle de faire intervenir la théorie de la cause, alors que le mot *causa* (chose), dans notre hypothèse, signifie tout simplement *la contre-valeur* (Voy. t. VII, n° 65). Laurent surtout est tombé *avec exagération* dans cette confusion (1).

Ces points étant établis, il faut reconnaître que, dans de semblables conditions, une constitution de rente viagère ne doit absolument produire aucun effet, et qu'il y a impossibilité à ce qu'elle en produise. Une rente viagère ne peut exister sans une tête humaine qui en soit le support juridique; donc la somme qui a été déboursée pour la créer ne correspond pas à un objet pouvant en former la contre-partie. La convention est donc inexistante faute d'objet.

Le Code, en reconnaissant qu'il en est ainsi, n'a fait que constater une nécessité juridique :

ART. 1974. Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ne produit aucun effet.

Le législateur, remarquons-le, n'aurait pas pu disposer autrement, quand même il aurait envisagé le contrat de rente viagère avec une faveur tout exceptionnelle et le désir de lui donner la plus grande extension.

343. L'observation n'est pas sans importance, parce qu'on a voulu comparer sur ce point la rente viagère avec l'assurance maritime, alors qu'il n'y a aucune espèce de rapport entre ces deux matières, et qu'on a cru trouver entre notre art. 1974 et l'art. 365, C. com., une contradiction ne pouvant s'expliquer que par la faveur accordée par le législateur au contrat d'assurance maritime (2). L'art. 365 du Code de commerce dispose en effet que toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés est nulle, non pas néces-

(1) Voy. t. XXVII, n° 277.

(2) LOCRÉ, *Esprit du C. de comm.*, t. IV, p. 189; GUILLOUARD, n° 148.

sairement et dans tous les cas, mais seulement s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat, l'assuré a pu être informé de la perte ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés. C'est là, a-t-on dit, une disposition tout à fait contraire à celle de l'art. 1874 qui exige, pour que le contrat soit valable, que le risque existe au moment du contrat.

Il en est ainsi dans les cas de rente viagère, parce qu'il ne peut pas en être autrement; le pari qui se trouve au fond de la convention ne peut porter que sur un événement futur.

Au contraire, dans le cas de l'assurance maritime, le pari, comme d'ailleurs tous les paris ordinaires, peut aussi bien porter sur un événement passé que sur un événement futur (Voy. *suprà*, n° 303). L'assurance peut donc couvrir tous les risques, sans distinguer entre les risques futurs et les risques passés (1). La loi commerciale n'a pas eu à déroger aux principes pour reconnaître qu'il peut en être ainsi. Elle y a, au contraire, partiellement dérogé en admettant une restriction uniquement dans le but d'empêcher, autant que possible, les paris *à coup sûr*. De tout temps, il en a été ainsi, et l'assurance *sur bonnes et mauvaises nouvelles* existait bien avant que la formule de l'art. 365, C. com., ait été trouvée. Aussi ne pouvons-nous comprendre qu'on ait sérieusement proposé au législateur de décider que l'assurance ne produirait aucun effet en cas de perte ou d'arrivée des objets assurés au moment de la signature du contrat.

344. Si la personne sur la tête de qui doit reposer l'*alea* de la rente existe au moment de la signature du contrat, la rente aura donc été régulièrement créée. S'il avait été convenu que le service des arrérages ne commencerait qu'à une date ultérieure, la mort du crédi-rentier survenue entre cette dernière date et la date du contrat ne donnerait pas aux héritiers de celui-ci le droit de prétendre que le contrat doit

(1) PONT, *loc. cit.*, n° 705.

rester sans effet. Il ne faut pas confondre l'existence de la rente avec son exigibilité (1).

345. Il peut arriver que le crédi-rentier ne soit pas mort au moment de la signature du contrat, mais qu'il soit, à cette date, atteint d'une maladie qui doit l'emporter bientôt, Le contrat sera-t-il encore destitué de tout effet? Il y a une raison de douter.

Quand celui sur la tête de qui l'*alea* de la rente devait se fixer est déjà décédé au moment de la convention, il n'y a pas et il ne peut pas y avoir de rente. Le contrat de constitution de rente est donc inexistant faute d'objet.

Au contraire, quand celui sur la tête de qui la rente doit être fixée est atteint d'une maladie dont il doit nécessairement mourir bientôt, on peut dire théoriquement que la rente existe; le contrat n'est donc pas inexistant faute d'objet, faute de rente, — seulement la rente a une moindre valeur, — et la convention serait alors simplement annulable. Telle était l'opinion de Pothier qui comparait assez plaisamment ce cas à celui où on a vendu pour des chandeliers d'argent des chandeliers qui n'étaient qu'argentés (2).

Le Code civil a-t-il adopté ce point de vue? Non (3); en matière de rente viagère, comme d'ailleurs dans certains autres cas, l'homme qui n'est pas viable, c'est-à-dire qui est atteint d'une maladie dont il doit nécessairement mourir à courte échéance, est traité comme un homme mort, en ce sens qu'il ne peut servir de support juridique à une rente viagère.

Si donc le contrat qui créait une rente viagère sur la tête d'une personne déjà morte ne peut produire aucun effet,

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 278.

(2) *Const. de rente*, n° 225; Comp. LAURENT, t. XXVII, n° 280; ARNTZ, t. IV, n° 1448.

(3) LAURENT, *loc. cit.*; GUILLOUARD, n° 148; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 893.

ART. 1975. Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

346. Faudrait-il adopter les mêmes solutions s'il s'agissait d'une rente constituée sur plusieurs têtes, avec reversion intégrale ou partielle sur la tête du survivant? Si l'un des crédi-rentiers était, au moment du contrat, mort ou atteint d'une maladie dont il devait mourir bientôt, le contrat sera-t-il valable, inexistant ou simplement annulable?

Il est certain que la difficulté n'a pas été prévue par la loi. Mais comme dans le cas où la rente est constituée sur la tête d'une seule personne, la survie de cette personne à l'expiration du délai de vingt jours depuis la date du contrat forme aux yeux de la loi une *alea* suffisante, on ne voit pas pourquoi, dit-on dans une première opinion, il en serait autrement lorsque la rente ayant été constituée sur la tête de plusieurs personnes, une seule d'entre elles serait décédée dans le délai de vingt jours. En conséquence, cette opinion admet la validité de la constitution de rente (1). Mais cette conséquence n'est pas contenue dans les prémisses. De ce que, dans le cas examiné, il y aurait une *alea* suffisante, on peut seulement conclure que le contrat n'est pas inexistant pour défaut d'objet; mais il pourrait être annulable pour une autre cause.

Une seconde opinion applique purement et simplement les art. 1974 et 1976, c'est-à-dire déclare le contrat inexistant, parce qu'il lui paraît impossible de le maintenir sans méconnaître l'intention des parties (2). Mais on peut répondre qu'il n'est pas possible, pour tenir compte de l'intention des parties, de déclarer inexistant un contrat qui, cependant existe. Il convient seulement de rechercher s'il ne peut pas être déclaré annulable.

(1) DURANTON, t. VIII, n° 140; AUBRY et RAU, § 384, texte et note 12; Trib. Lyon, 1er juill. 1885, *Pand. franç.*, 86, 2, 19.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 893.

347. A ce point de vue nous croyons devoir insister sur ce que dans le cas de l'art. 1975, comme dans le cas de l'art. 1974, le contrat est inexistant faute d'objet, il n'y a pas de rente possible. Cette nullité de contrat ne tient donc pas à ce que les deux articles précités contiendraient une application de la règle générale d'après laquelle toute erreur portant sur la substance de la chose entraînerait la nullité du contrat (1). Par conséquent, alors même que celui qui a fourni la valeur de la rente aurait connu la mort de la personne sur laquelle elle a été constituée, ou la maladie dont cette personne est morte dans les vingt jours, seconde hypothèse qui est assimilée à la première, le contrat ne serait pas moins inexistant. Si le constituant invoque ce décès pour obtenir la restitution de la somme par lui déboursée, on ne pourra pas lui opposer, pour éviter la restitution, qu'il connaissait le décès ou la maladie qui l'a entraîné dans les vingt jours (2). Il y aura toujours nullité d'inexistence faute d'objet. Puisque l'acte est inexistant *et ne peut produire aucun effet*, il n'y a pas lieu, ce semble, de soulever la question de savoir s'il pourrait produire cet effet de valoir comme donation. Cependant la question est posée par les auteurs et résolue en sens divers (3).

Y aura-t-il également défaut d'objet s'il s'agit d'une rente constituée sur plusieurs têtes avec clause de réversion totale ou partielle, sur la tête du survivant, si l'une des personnes indiquées était déjà décédée au moment du contrat, ou est morte dans les vingt jours d'une maladie dont elle était déjà atteinte? Certainement non; il y a dans ce cas une rente possible. Mais cette rente manque d'une qualité visée dans

(1) Voy. AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(2) Comp. Liège, 12 avr. 1876, *Pas.*, 77, 2, 87.

(3) Voy. PONT, *loc. cit.*, n° 719; AUBRY et RAU, § 388, texte et notes 9 et 10; LAURENT, n° 285; GUILLOUARD, n° 154; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 893.

le contrat; elle n'est pas reversible de la manière que les parties avaient entendu qu'elle le fût. Il y a donc eu erreur sur la reversibilité.

Or la reversibilité, envisagée en soi, peu importe d'ailleurs qu'elle soit totale ou partielle, est une qualité qui n'est susceptible ni de plus ni de moins. La reversion convenue, se produira ou ne se produira pas, il n'y a pas de milieu. L'erreur a donc porté sur une qualité substantielle (Voy. t. VII, nos 22 et 23), et le contrat est entaché d'une nullité relative (art. 1110) (1).

348. L'art. 1795 ne concerne que les contrats de rente; il est inapplicable à la convention appelée *bail à nourriture* (2).

Des termes du même article il résulte que la disposition qu'il édicte n'est pas applicable :

1° Si la personne sur la tête de qui la rente est constituée n'était pas atteinte au moment du contrat d'une maladie physique;

2° Si elle venait à mourir d'une maladie autre que celle dont elle était atteinte au moment du contrat;

3° Si la mort n'est pas survenue dans les vingt jours de la date du contrat.

L'extrême vieillesse (3), la grossesse (4), la monomanie du suicide (5), ne sont pas des maladies physiques dans le sens de la loi. Si celui sur la tête de qui une rente a été constituée s'est donné la mort dans les vingt jours de l'acte de constitution, il y aura lieu de rechercher seulement si le suicide a été le résultat d'une volonté libre ou la con-

(1) Comp. Bordeaux, 2 janv. 1874, D. 75, 2, 180; Paris, 23 mars 1865, S. 65, 2, 321 et note de LABBÉ; BIDARD, *Revue pratique*, 1868, p. 333 et suiv.; LAURENT, t. XXVII, nos 277 et 287; GUILLOUARD, no 159.

(2) Rennes, 21 mai 1883, S. 85, 2, 184.

(3) Angers, 19 avr. 1820, S. C. N., 6, 2, 247.

(4) Caen, 22 nov. 1871, S. 72, 2, 39; Voy. cep. Trib. Mortagne, 19 août 1870, S. 72, 2, 39.

séquence d'une altération antérieure des facultés mentales.

Dans ce dernier cas, l'acte pourra être annulé, non parce que le suicide se serait produit dans les vingt jours, mais uniquement à cause de l'insanité d'esprit du contractant (1). Il faudrait vérifier si l'acte attaqué était à titre gratuit ou à titre onéreux et appliquer, suivant les cas, pour la preuve de la folie, l'art. 901, ou l'art. 504.

Le délai de vingt jours doit être calculé d'après la règle que le *dies a quo* n'est pas compris dans le terme (2). Ce terme est de rigueur; si le crédi-rentier meurt plus de vingt jours après la création de la rente, l'opération ne peut être attaquée, alors même que l'autre partie aurait connu le mauvais état de santé du crédi-rentier (3).

349. C'est au demandeur en nullité à prouver l'existence des conditions requises par l'art. 1975 pour que le contrat de rente soit sans effet. Il devra donc prouver notamment que le décès a eu lieu dans les vingt jours de la date de l'acte par l'effet d'une maladie existant à cette même date.

Cela suppose que cette date est établie. Si la rente a été créée par acte authentique, il ne peut y avoir de difficulté. Si la rente a été créée par acte sous seing privé; l'acte fera foi de sa date vis-à-vis des héritiers de celui qui a fourni le capital de la rente, car ces héritiers représentant leur auteur doivent être considérés comme ayant été parties dans l'acte (art. 1322). Il n'est donc pas nécessaire entre les parties ou leurs héritiers que l'acte sous seing privé ait une date certaine antérieure aux faits prévus soit par l'art. 1975 soit par l'art. 1974. Si les héritiers à qui l'acte sous seing privé est opposé soutiennent que la date est fausse, qu'il y a eu

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 281; GUILLOUARD, n° 152.

(2) AUBRY et RAU, § 388, texte et note 16; LAURENT, t. XXVII, n° 282; ARNTZ, t. IV, n° 1448; GUILLOUARD, n° 162; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 893.

(3) Liège, 12 avr. 1876, *Pas.*, 77, 2, 87.

antidate, ils pourront établir le fait par tous les moyens possibles, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'inscription de faux. Pourquoi? Parce que ce n'est pas le fait matériel de la date, mais seulement la vérité de cette date qui est contestée, et que les héritiers demandeurs en nullité ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite du fait frauduleux de l'antidate qui leur porte préjudice (1). Mais il n'y a pas à argumenter comme on le fait quelquefois d'une prétendue *fraude à la loi* (2)!

L'art. 1975 n'est applicable qu'aux rentes constituées à titre onéreux, soit sur la tête d'un tiers, soit sur celle du stipulant lui-même.

350. La rente viagère à titre onéreux étant un contrat aléatoire échappe à toute limitation en qui concerne le taux des arrérages convenus (3).

ART. 1976. La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer.

L'opération serait nulle si, sous la forme d'une prétendue rente viagère, les parties avaient cherché à dissimuler une convention de prêt usuraire (4).

L'art. 1976 suppose que le taux des arrérages dépasse l'intérêt légal. Si le taux convenu était moindre, l'opération vaudrait comme don manuel du capital à la charge d'en servir l'intérêt pendant la vie du donateur. Il suffit, en effet, de la tradition des deniers pour qu'il y ait don manuel.

Si la rente avait été constituée moyennant l'abandon d'un immeuble à un taux inférieur au revenu annuel de l'immeuble, l'opération pourrait valoir comme donation si telle avait été

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 288; Comp. DURANTON, t. XVIII, n° 151; AUBRY et RAU, § 388, note 17.

(2) *Sic*, GUILLOUARD, n° 164.

(3) Riom, 12 déc. 1883, D. 85, 2, 101.

(4) Cass. 26 juin 1845, S. 45, 1, 834; AUBRY et RAU, § 388, texte et note 20; GUILLOUARD, n° 139.

l'intention des parties, sinon il y aurait vente rescindable, le cas échéant, pour lésion (1).

SECTION II.

Des effets du contrat entre les parties contractantes.

351. — Résiliation si les sûretés promises ne sont pas fournies, art. 1977.
352. — Effets de cette résiliation.
353. — Suite. — Les arrérages ne sont pas uniquement des fruits-conséquence, art. 1978.
354. — De l'emploi prescrit par l'art. 1978.
355. — Le texte n'exclut pas une clause de résolution formelle.
356. — Champ d'application de l'art. 1978.
357. — Obligation de servir la rente jusqu'à la fin, art. 1979.
358. — A quel moment le droit aux arrérages est-il acquis? article 1980.
359. — Clause d'insaisissabilité, art. 1981; *Quid* de la clause d'incessibilité?
360. — Causes d'extinction de la rente viagère : mort du titulaire, art. 1982.
361. — Justification de l'existence du crédi-rentier, art. 1983.

351. Le débi-rentier est tenu de deux obligations principales :

1° Il doit d'abord fournir les sûretés promises par le contrat;

2° Il doit payer les arrérages.

En ce qui concerne la première obligation,

ART. 1977. Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution.

C'est une application du principe de la condition résolutoire tacite établi par l'art. 1181 et qui doit s'étendre aux cas où la rente a été constituée à prix d'argent et dérive, par conséquent, d'un contrat unilatéral (2).

(1) V. LAURENT, t. XXVII, n° 291.
(2) GUILLOUARD, n° 194; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 309; BAU-

Si la rente a été créée comme charge d'une donation faite par le constituant, la résiliation pourra être, le cas échéant, demandée par le donateur en vertu de l'art. 953, qui est également une application de l'art. 1184 (1).

Si la rente a été stipulée d'un donataire, dans l'intérêt d'un tiers (art. 1121), celui-ci ne pourra demander la résolution; mais lorsqu'il aura déclaré vouloir profiter de la stipulation, il pourra demander l'exécution du contrat, et comme en faisant résoudre la donation il aura délié le donataire, c'est lui qui sera tenu de remplir la charge (Voy. t. VI, n° 238).

L'art. 1977 ne s'appliquera pas si la rente a été constituée à titre gratuit par le débiteur lui-même; car, dans ce cas, le créancier n'a aucun intérêt à demander la résiliation (2).

Si le prix de la rente a consisté dans une somme d'argent, la garantie à fournir sera le plus souvent une caution ou une hypothèque. Mais comme cette garantie doit ordinairement être accordée par le contrat même de constitution de rente, celui qui l'a exigée ne traitera pas si cette garantie n'est pas immédiatement fournie.

Il peut cependant être convenu que le débi-rentier prend l'engagement d'employer l'argent qu'il a reçu à payer l'acquisition de quelque immeuble, afin de procurer au crédi-rentier la subrogation au privilège du vendeur. S'il manque à faire cet emploi et à procurer la subrogation promise, l'art. 1977 sera applicable (3).

Quand le prix de la rente a consisté dans l'abandon d'un immeuble, le crédi-rentier se trouve naturellement garanti par le privilège de vendeur; mais l'acquéreur ne serait pas

DRY-LACANTINERIE, t. III, n° 896; Comp. trib. Bruxelles, 8 fév. 1882, *Pas.*, 82, 3, 108.

(1) GUILLOUARD, n° 195.

(2) ARNTZ, t. IV, n° 1457.

(3) LAURENT, t. XXVII, n° 310.

considéré comme n'ayant pas fourni une sûreté promise s'il négligeait de faire opérer la transcription (1).

Il importe peu, d'ailleurs, que les sûretés non fournies n'aient été promises que conditionnellement (2).

On est d'accord en doctrine et en jurisprudence pour admettre qu'il y a lieu d'assimiler au cas où le débiteur ne fournit pas les sûretés promises celui où il diminue les sûretés fournies. La résolution pourra donc être demandée. Il faudra, d'ailleurs, appliquer les solutions que nous avons indiquées à l'occasion de l'art. 1912 (*Suprà*, n° 211). Il n'y aura pas lieu de prononcer la résiliation du contrat si le débiteur, en offrant des sûretés suffisantes, rétablit, en quelque sorte, celles qu'il a diminuées. Mais s'il n'a donné aucune des sûretés promises, il ne serait pas reçu à offrir des garanties différentes et à modifier ainsi l'économie du contrat (3).

La demande en résiliation deviendra sans objet si, avant que le jugement intervienne, la rente s'éteint par le décès du créancier. Il n'y a plus intérêt à prononcer alors la résiliation, car le contrat a cessé d'exister d'après les principes mêmes qui le régissent (4).

352. La résolution étant prononcée, il faudrait, ce semble, décider théoriquement que le contrat est révoqué et que les parties sont respectivement remises dans le même état que si le contrat n'avait jamais existé; que, par suite, le débiteur devra rembourser le capital de la rente outre les fruits qu'il en a retirés ou qu'il a dû en retirer, et que, de son côté, le crédi-rentier devra la restitution des arrérages par lui perçus.

(1) Cass. 13 juin 1837, S. 38, 1, 45.

(2) Cass. 2 déc. 1856, S. 57, 2, 356.

(3) AUBRY et RAU, § 390, texte et note 21; LAURENT, t. XXVII, nos 311 et 314; GUILLOUARD, n° 200.

(4) AUBRY et RAU, *loc. cit.*, note 12; LAURENT, *loc. cit.*, n° 315; GUILLOUARD, n° 200; ARNTZ, t. IV, n° 1457; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n 896.

Cette opinion a d'abord été consacrée par la Cour suprême (1). Mais il est impossible d'admettre, dans les contrats aléatoires, une résolution *ex tunc*. Ce qui caractérise ces contrats, c'est un échange de chances, comme nous l'avons démontré. Or une chance *courue* ne peut être restituée et rentrer dans la catégorie des chances *non courues*.

Par conséquent, si le rentier a déjà reçu les arrérages échus avant le jugement qui prononce la résolution, il ne devra pas les rendre parce qu'ils sont la représentation du risque qu'il a couru pendant le temps qui s'est écoulé depuis la convention jusqu'à la résolution. Il risquait de perdre le capital aliéné s'il décédait ou si le tiers sur la tête de qui la rente était constituée décédait. Le rentier n'est donc pas dans la position d'un vendeur qui, ayant reçu des acomptes, reprend néanmoins et à tout événement l'immeuble vendu; le vendeur, s'il ne restituait pas les acomptes lorsque la résolution de la vente est prononcée, les garderait sans contre-valeur, ou sans cause, suivant la terminologie courante, tandis que l'acquisition des arrérages par le rentier à une cause ou contre-valeur. Cette acquisition doit donc être maintenue (2). La Cour de cassation a fini par le reconnaître, mais par cette considération que les arrérages servis ont eu le caractère de fruits perçus de bonne foi (3).

Or cette raison donnée par la Cour de cassation uniquement pour éluder la difficulté, sans se mettre en opposition directe avec la doctrine qu'elle avait d'abord sanctionnée, est absolument fausse.

353. Qu'arrivera-t-il, en effet, si le débi-rentier néglige de payer les arrérages?

Si les arrérages étaient simplement des fruits, comme le

(1) Cass. 23 août 1843, S. 43, 1, 892; LAURENT, t. XXVII, n° 316.
(2) AUBRY et RAU, § 390, texte et note 13; ARNTZ, t. IV, n°s 1457 et 1458; GUILLOUARD, n° 201; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 897.
(3) Cass. 13 mars 1888, S. 90, 1, 169.

déclare la Cour de cassation, on pourrait, à la rigueur, admettre pour le crédi-rentier la possibilité d'obtenir la résiliation du contrat, ainsi que cela a lieu pour les rentes perpétuelles, quand le débi-rentier cesse de remplir ses obligations pendant deux années (art. 1912).

Mais dans la rente viagère il n'est pas vrai de dire que les annuités représentent seulement les fruits d'un capital. Après plusieurs années de paiement des arrérages, la rente viagère évaluée à un capital n'a plus la même valeur qu'au moment où elle a été constituée. Si le créancier, après avoir perçu plusieurs annuités dont chacune, il faut le remarquer, représente une fraction du capital, pouvait encore demander la résolution du contrat et la restitution de la totalité du capital payé, il recevrait plus que ce qui lui est dû (1).

Par conséquent, de ce que les arrérages ne sont pas uniquement des fruits, il suit que :

ART. 1978. Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages.

La somme ainsi prélevée sur le prix de la vente sera suffisante lorsque, devant produire un intérêt au taux légal de 5 0/0, elle assurera le service annuel de la rente. Si donc l'adjudicataire des biens du débi-rentier était tenu de payer les intérêts de son prix à raison de 5 0/0 l'an, le créancier de la rente n'aurait pas le droit d'exiger le placement en rentes sur l'État du capital nécessaire au service de cette rente (2). Différemment les juges pourraient décider que

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 317; ARNTZ, t. IV, n° 1458; Comp. GUILLOUARD, n° 204.

(2) Voy. Poitiers, 7 déc. 1885, D. 87, 2, 60, et la note; Comp. Cass. 5 nov. 1862, D. 63, 1, 299; AUBRY et RAU, § 390, texte et note 17; LAURENT, t. XXVII, n° 321; GUILLOUARD, n° 207.

l'emploi du prix de vente aura lieu par l'achat d'une rente sur l'État produisant annuellement la somme à laquelle s'élevaient les arrérages de la rente viagère. Cette rente sera affectée en nue-propriété au débiteur de la rente viagère, ou à ceux qui le représentent comme ayant droit au prix, et en jouissance au crédi-rentier jusqu'au décès de la personne sur la tête de qui reposait la rente (1).

354. L'emploi se fera d'ailleurs de manière à ménager à la fois les intérêts du créancier et du débiteur; mais l'intérêt qui domine est toujours celui du créancier. Celui-ci pourra donc exiger l'exécution de l'obligation, alors même que cette exécution serait onéreuse pour le débiteur qui a manqué à ses engagements. Le créancier pourra encore obtenir des garanties, par exemple une hypothèque pour assurer le service de la rente (2).

Il faudra procéder comme il vient d'être dit par un emploi fait au moyen du prélèvement d'une somme suffisante sur le prix, si le crédi-rentier peut invoquer une hypothèque en ordre utile ou un privilège.

Dans le cas où l'inscription de l'hypothèque aurait été prise pour sûreté d'une rente viagère d'une somme déterminée, avec l'indication d'un capital insuffisant pour en assurer le service, par exemple, d'une rente viagère de 2000 francs *au capital de* 20,000, cette *falsa demonstratio* n'empêcherait pas de prélever la somme de 40,000 francs qui est en réalité nécessaire pour assurer le service de la rente, si le prélèvement de cette somme est possible (3). La collocation sera faite de manière que le capital employé reviendra, lors de l'extinction de la rente, aux créanciers postérieurs au profit desquels interviendra une collocation

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, art. 1978, n° 7.
(2) Lyon, 28 avr. 1875, D. 77, 2, 179.
(3) Caen, 24 janv. 1851, D. 51, 2, 207; AUBRY et RAU, § 390, texte et note 18; GUILLOUARD, n° 208; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 323.

devant sortir effet à cette époque. La solution sera la même si la difficulté s'élève entre le créancier de la rente et un tiers acquéreur qui veut purger.

Il arrivera souvent, à cause de l'insuffisance du gage, que le prélèvement nécessaire pour constituer le capital voulu ne soit pas entièrement possible. C'est ce qui aura lieu quand le créancier ne pourra pas obtenir une collocation hypothécaire utile pour le capital entier. C'est encore ce qui se produira quand le créancier n'ayant ni hypothèque, ni privilège est obligé de subir le concours au marc le franc avec les autres créanciers, vu l'insuffisance des biens du débiteur. Dans toutes ces hypothèses, le créancier n'obtiendra qu'une somme trop faible pour assurer le service intégral de la rente. Mais suivant une opinion que nous croyons fondée, et qui est consacrée par la jurisprudence, le créancier pourra, chaque année, prendre sur le capital de la somme, affecté au service de la rente, ce qui est nécessaire pour parfaire les arrérages qui lui sont dus (1). On objecte cependant qu'il ne paraît pas juste de laisser ainsi absorber le capital au préjudice des autres créanciers à qui il devrait revenir. Mais il n'est pas possible d'admettre que l'insuffisance du gage vienne restreindre le droit du créancier. Ce droit reste toujours le même et il consiste dans la possibilité d'exiger des arrérages comprenant, on le reconnaît, une partie du capital (2); il n'est donc pas surprenant que ce capital puisse se trouver absorbé au préjudice des créanciers, lesquels ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur.

355. Si l'art. 1978 n'admet pas la condition résolutoire

(1) Cass. 27 mars 1847, D. 47, 1, 236; Riom, 24 août 1863, S. 64, 2, 65; AUBRY et RAU, § 390, texte et note 19; GUILLOUARD, n° 209; *Contrà*, PONT, *Petits contrats*, t. I, n° 760; LAURENT, t. XXVII, n° 324; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 900.

(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 317.

tacite, sa rédaction, néanmoins, selon une remarque faite par Cambacérès dans la discussion devant le Conseil d'État, n'exclut pas une clause dérogatoire (1). Le pacte commissoire n'est pas interdit aux parties qui peuvent stipuler que si le débi-rentier ne paie pas les arrérages, le créancier pourra demander la résolution du contrat (2). Il peut même être convenu que la résolution aura lieu de plein droit par le seul fait du non-paiement d'un seul terme, sans mise en demeure préalable (3); et que dans tous les cas de résolu-

acquise ou prononcée, les arrérages perçus par le crédi-rentier seront acquis à celui-ci à titre d'indemnité (4). Cette clause pourrait même être considérée comme sous-entendue lorsque le droit de résolution est accordé purement et simplement par le contrat au crédi-rentier. Ce dernier, en effet, jusqu'au jour de la résolution, a couru le risque de la perte de son capital par sa mort; les arrérages par lui touchés sont la contre-valeur de ce risque (5).

Si le contrat porte simplement que, dans le cas de non-paiement des arrérages, le créancier pourra demander la résolution, c'est-à-dire le remboursement du prix, si la rente a été constituée moyennant le prix de vente d'un immeuble, prix qui a été transformé en rente, il est évident que le créancier doit manifester son intention de se prévaloir d'une telle clause. S'il est décédé sans avoir eu le temps de manifester lui-même cette intention, il est certain que ses héritiers pourront le faire à sa place (6). Il en serait ainsi quand

(1) FENET, *Discuss. au Cons. d'Etat*, t. XIV, p. 525.
(2) Cass. 13 mars 1888, S. 90, 1, 169; AUBRY et RAU, § 390, texte et note 22; ARNTZ, t. IV, n° 1458; GUILLOUARD, n° 211; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 900 *bis; Adde*, Trib. Langres, 26 juin 1890, *Pand. franç.*, 91, 2, 28; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 425.
(3) Cass. 9 juin 1869, S. 69, 1, 405; Rouen, 6 fév. 1874, D. 75, 2, 99.
(4) Cass. 24 déc. 1884, S. 85, 1, 415.
(5) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*; GUILLOUARD, n° 213.
(6) PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 765; GUILLOUARD, n° 214.

même il s'agirait d'une simple faculté n'impliquant l'exercice d'aucune action contre un tiers (Voy. t. V, n° 34 *bis;* notre *Traité de la Cession*, t. I, n°s 62 et suiv.); à plus forte raison doit-il en être ainsi quant il s'agit d'une faculté se rattachant à l'exercice d'un droit contre un tiers. Le contraire a été soutenu (1) et même jugé (2), sous l'influence de cette idée qu'il s'agit dans l'espèce d'un droit intransmissible, et que la mort du créancier a éteint la rente. Mais on a perdu de vue qu'il peut y avoir des actions transmissibles dérivant de droits intransmissibles (3); ainsi quoique la rente viagère ne soit pas transmissible, on peut concevoir qu'une action appartenant de son vivant au crédi-rentier soit transmissible à ses héritiers, en tant qu'elle aurait pour but de faire constater l'existence à son profit d'un droit à obtenir certaines restitutions.

356. L'art. 1968 dérogeant au droit commun qui admet la résolution en cas de non-paiement, doit être interprété et appliqué d'une manière restrictive (4). Il ne s'applique donc pas au bail à nourriture (5), ni aux rentes constituées à titre gratuit (6); ni aux rentes constituées par un contrat à titre onéreux, mais ne présentant pas de caractère aléatoire (7). Dans toutes ces hypothèses la résolution en cas de non-paiement des arrérages ou des prestations dues pourra être demandée, car l'art. 1968, ainsi que cela résulte de la place qu'il occupe, n'a en vue que les contrats de rentes viagères constituées à titre onéreux et aléatoire (8).

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 330.
(2) Cass. 15 nov. 1892, D. 94, 1, 40.
(3) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 58.
(4) Cass. 6 janv. 1885, S. 88, 1, 57.
(5) Pau, 11 fév. 1891, D. 92, 2, 231.
(6) Cass. 6 déc. 1881, S. 84, 1, 19.
(7) Cass. 16 mars 1866, S. 66, 1, 349.
(8) DURANTON, t. XVIII, n° 543; DEMOLOMBE, t. XX, n° 582; AUBRY et RAU, § 390, texte et note 20; PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 752; LAURENT, t. XXVII, n° 319; GUILLOUARD, n° 207.

357. Il va de soi que le débi-rentier ne peut détruire lui-même, unilatéralement, le contrat aléatoire qu'il a consenti à former. D'un autre côté, en vertu des principes généraux, il n'est pas permis de se rédimer, à prix d'argent, d'une obligation contractuelle jugée trop lourde (art. 1134).

Il était donc inutile de déclarer dogmatiquement que :

ART. 1979. Le constituant ne peut se libérer du paiement de la rente, en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés ; il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes, et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente.

Les parties pourraient cependant déroger à la loi en stipulant que le débiteur aura le droit de rachat, et en réglant les conditions de ce rachat. Tout le monde est d'accord sur ce point.

358. Quoique les arrérages de la rente viagère ne soient pas uniquement des fruits, il y a cependant certaines règles concernant les fruits proprement dits qui leur sont applicables.

Ainsi :

ART. 1980. La rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu. — Néanmoins, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé, est acquis du jour où le paiement a dû en être fait.

Cette dérogation à la règle qui serait injustifiable si les arrérages avaient uniquement le caractère des fruits, peut s'expliquer par cette considération qu'ils comprennent en réalité une fraction du capital, et comme il serait difficile, pour ne pas dire impossible, de déterminer avec exactitude la proportion dans laquelle la restitution fractionnée du capital entre dans la composition du chiffre des arrérages, on a pu admettre pour ce chiffre lui-même tout entier, une solution qui, logiquement, ne devrait s'appliquer qu'à la portion du capital.

On justifie encore cette solution par des considérations de

fait. On dit que lorsque le terme a été stipulé payable d'avance, le créancier a dû le considérer comme devant lui être acquis dès son exigibilité, et s'est trouvé en quelque sorte autorisé à l'escompter au profit de son crédit (1). Par conséquent si le créancier est mort le jour même de l'échéance du terme, le terme est acquis à ses héritiers (2). La loi n'exige pas, en effet, que le crédi-rentier survive à ce jour.

359. Le droit conféré au crédi-rentier est cessible et saisissable comme tous les autres biens;

ART. 1981. La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable, que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit.

Mais une clause d'insaisissabilité et d'incessibilité, ne prouverait pas nécessairement que les parties ont voulu faire un acte à titre gratuit (3).

L'art. 581, al. 4, du Code de procédure civile, tout en maintenant la disposition qui précède, l'a cependant modifiée en déclarant insaisissables de plein droit les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables. Leur destination seule les met à l'abri de l'action des créanciers, telle est l'intention du donateur ou du testateur, sans qu'il ait besoin de l'exprimer autrement qu'en disant qu'il donne ou lègue *pour aliments*. Mais il faut que le fait soit d'accord avec la formule employée et que la disposition ne dépasse pas sensiblement les besoins alimentaires des bénéficiaires. En conséquence, d'après l'art. 582 du même Code, les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, pourront saisir les pensions ou rentes dont il s'agit, en vertu d'une permission du juge et pour la portion que celui-ci déterminera comme

(1) GUILLOUARD, n° 183.

(2) Trib. Nancy, 12 mai 1873, D. 74, 5, 426; AUBRY et RAU, § 289, texte et note 1; GUILLOUARD, n° 184; Comp. LAURENT, t. XXVII, n° 296; ARNTZ, t. IV, n° 1453.

(3) Cass. 15 janv. 1890, D. 91, 1, 30.

dépassant les véritables besoins alimentaires du débiteur.

Mais il n'est pas permis de conclure de l'insaisissabilité à l'incessibilité (Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, nos 184 et 233), car il n'existe aucun rapport entre ces deux idées. Une rente viagère constituée soit à titre gratuit, soit à titre onéreux ne pourrait être déclarée incessible. La loi seule pourrait produire ce résultat, comme cela a eu lieu pour les rentes viagères constituées par la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, que l'art. 8 de la loi du 20 juillet 1886 déclare incessibles et insaisissables jusqu'à concurrence de 360 francs. Une clause d'incessibilité aurait, en effet, pour résultat de paralyser le libre exercice du droit de propriété, contrairement aux dispositions de l'art. 544, et par conséquent serait nulle (1). Nous avons déjà examiné la question sous toutes ses faces, et nous n'avons pas besoin d'y revenir (Voy. t. IV, nos 76 à 89). Il y a cependant quelques dissidences (2) fondées sur ce que *la propriété d'une rente viagère n'est pas une propriété comme une autre* (!), et que le caractère alimentaire et viager qu'elle revêt, *permet de la protéger* d'une manière absolue contre toute entreprise soit du débiteur lui-même, soit de ses créanciers (3).

Mais on va plus loin : on soutient que la clause d'incessibilité doit avoir pour résultat de rendre la rente envisagée immuable et irréductible. Par conséquent en cas de réduction de cette rente, par l'effet d'une conversion des titres fournis sur l'indication du testateur, pour en assurer le service, le légataire universel ou l'héritier seraient tenus de payer la somme nécessaire pour compléter la rente diminuée (4).

(1) LAURENT, t. XXVII, nos 301-302.

(2) Voy. GUILLOUARD, no 173; *Adde*, PONT, *loc. cit.*, t. I, no 782; Trib. Bruxelles, 19 mars 1885, sous Liège, 25 mai 1887, D. 88, 2, 78.

(3) *Sic*, GUILLOUARD, *loc. cit.*

(4) Paris, 27 janv. 1888, D. 88, 2, 302.

360. Le droit à la rente s'éteint, comme nous l'avons déjà vu, par la résolution du contrat, en cas de pacte commissoire.

Il s'éteint encore par la mort naturelle de celui sur la tête de qui la rente a été créée.

Le Code décidait que :

ART. 1982. La rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire; le paiement doit en être continué pendant sa vie naturelle.

Mais cette disposition est devenue sans objet depuis la loi du 21 mai 1854 qui a fait disparaître la mort civile. Il n'y a donc plus à se préoccuper aujourd'hui que de la mort naturelle.

Si la rente a été constituée sur la tête du crédi-rentier, la mort de celui-ci mettra fin à la rente. S'il y a plusieurs crédi-rentiers, la mort de l'un d'eux pourra donner lieu, comme nous l'avons vu, à la réversion totale ou partielle de la rente au profit du ou des survivants.

De quelque façon qu'elle arrive, la mort du crédi-rentier doit produire en principe l'extinction de la rente. Si le crédi-rentier a été tué par un tiers, le débi-rentier se trouvera donc libéré. Si le débi-rentier est lui-même l'auteur du crime, la rente sera pareillement éteinte, puisque désormais elle n'aurait plus de support juridique. Mais comme le coupable est obligé de réparer le préjudice causé par sa faute, il devra continuer le service de la rente jusqu'à l'époque probable où, conformément aux lois ordinaires de la nature et en tenant compte de toutes les probabilités, le crédi-rentier aurait naturellement cessé de vivre (1). Cette solution, tout à fait conforme aux principes généraux, ne présente aucune difficulté pratique.

Cependant la doctrine et la jurisprudence se prononcent

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 305; ARNTZ, t. IV, n° 1456.

plus généralement dans ce cas pour la résolution du contrat, et décident que si la rente a été constituée au moyen de l'aliénation d'un immeuble, la rente est résolue ainsi que les actes de disposition faits sur l'immeuble par le crédirentier (1).

Si la rente a été constituée en faveur de plusieurs crédirentiers, avec clause de réversion au profit du survivant, nous appliquerons encore les principes généraux dans le cas où l'un des crédi-rentiers aurait donné la mort à l'autre. Le meurtrier ne saurait prétendre que la condition de survie a été accomplie à son profit, quand c'est lui qui a commis un crime pour empêcher cette même condition de s'accomplir au profit de son cocréancier. Il devra donc subir le rétablissement des choses dans leur état antérieur. On évaluera, par les procédés ordinaires, la durée probable de la vie des deux crédi-rentiers, et les héritiers de la victime auront droit, à titre de dommages, à la rente entière pendant tout le temps qu'aurait probablement duré la vie de leur auteur. Un arrêt a décidé, dans l'hypothèse envisagée, que « le doute sur ce que le cours naturel des choses eût amené doit se résoudre contre l'auteur du fait qui a rendu impossible le mode de solution prévu quant au lien de droit entre le créancier éventuel et les débiteurs (2) ». Nous ne voyons pas comment on peut transporter dans le domaine des faits extérieurs la règle de l'art. 1162 donnée pour l'interprétation des clauses obscures d'un contrat.

Enfin le droit à la rente, c'est-à-dire le droit en vertu duquel le créancier peut réclamer les arrérages, se prescrit, ainsi que nous le verrons plus loin, par le délai de

(1) Montpellier, 2 juin 1888, D. 89, 2, 189; AUBRY et RAU, § 390, texte et note 3; GUILLOUARD, nos 191 et 192; Comp. PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 784; ARNTZ, *loc. cit.*

(2) Poitiers, 1er fév. 1881, S. 82, 2, 27, et Cass. 6 nov. 1882, S. 84, 1, 237.

30 années (art. 2262); quant aux arrérages, ils sont prescriptibles par 5 ans à compter de la date de chaque échéance (art. 2277).

361. A chaque échéance le créancier *ou propriétaire d'une rente*, peut donc réclamer les arrérages auxquels il a droit :

ART. 1983. Le propriétaire d'une rente viagère n'en peut demander les arrérages qu'en justifiant de son existence, ou de celle de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée.

Cette justification résultera le plus souvent d'un *certificat de vie*. D'après une loi du 6 mars 1791 les certificats de vie sont délivrés par les présidents des tribunaux civils ou les juges à ce délégués, et par les maires des chefs-lieux d'arrondissement pour les citoyens domiciliés dans l'étendue de la commune. Les notaires ont également reçu mission de rédiger ces actes qui pourront être reçus en *brevets* (L. 25 ventôse an XI, art. 20). Les notaires ont seuls qualité pour les rédiger quand il s'agit de pensions dues par l'État (D. 21 août et 23 septembre 1806; ord. 6 juin 1839).

L'existence du crédi-rentier, à une époque déterminée, pourra d'ailleurs être établie par tous les modes ordinaires de preuve (1), par exemple, par la production d'un certificat de décès et même par présomption (2). Par conséquent, on pourra admettre qu'aucune preuve spéciale n'est nécessaire s'il s'agit d'une rente portable, constituée sur la tête d'un crédi-rentier dont l'existence était connue du débiteur (3).

(1) Paris, 17 janv. 1840, S. 40, 2, 53; AUBRY et RAU, § 53, texte et note 15; LAURENT, t. XXVII, n° 296; GUILLOUARD, n° 186.

(2) Trib. Bruxelles, 8 fév. 1882, *Pas.*, 82, 3, 108.

(3) Cass. 9 juin 1869, D. 70, 1, 82.

ANNEXE AU TITRE DOUZIÈME

ASSURANCES SUR LA VIE.

SECTION Ire.

Application des principes généraux au contrat d'assurance sur la vie.

362. — Silence du Code quant aux assurances sur la vie.
363. — Types principaux de ces sortes d'assurances; assurance en cas de décès.
364. — Assurance en cas de vie. Assurance mixte.
365. — Examen critique de ces combinaisons constituant plutôt des *paris* que de véritables assurances.
366. — Validité des conventions qualifiées : assurance sur la vie; elles doivent être régies par les principes généraux applicables selon leur but spécial; exemples.
367. — Quand elles sont conclues avec une compagnie, elles procurent aux assurés les avantages résultant de l'association et de la mutualité.
368. — Calcul des cotisations ou primes.
369. — Leur paiement.
370. — Fondement juridique des assurances, d'abord en ce qui touche les assurances en cas de vie,
371. — Ensuite en ce qui touche les assurances en cas de décès.
372. — De l'assurance contractée au profit de la succession de l'assuré, application de l'art. 1122.
373. — De l'assurance contractée au profit d'un tiers déterminé, application de l'art. 1121.
374. — Comment ce tiers peut-il devenir titulaire d'un droit résultant d'un contrat auquel il est demeuré étranger?
375. — Comment, en outre, peut-il en devenir titulaire à partir de la date même de ce contrat? Prétendue rétroactivité de l'acceptation émanée du bénéficiaire.
376. — L'action tendant au paiement de l'indemnité appartient au

bénéficiaire comme droit à lui propre et non comme droit héréditaire.

377. — Mais ce droit est dérivé et provient d'une libéralité, conséquences. Revirement de la jurisprudence.

378. — Assurances faites par l'un des conjoints au profit de l'autre, renvoi.

362. Le contrat d'assurances, d'après l'art. 1964, est un contrat aléatoire, mais la loi paraît n'avoir eu en vue que l'assurance maritime pour laquelle il renvoie aux lois maritimes. Le législateur ne dit rien des autres assurances; il passe notamment sous silence le contrat d'*assurance sur la vie* qui prend tous les jours de nouveaux développements et constitue l'un des contrats aléatoires les plus usuels. C'est donc une nécessité pour la doctrine de chercher dans les principes généraux sur les contrats les règles applicables aux opérations diverses désignées sous le nom d'*assurances sur la vie*.

L'entreprise est surtout rendue difficile par suite de cette circonstance que les opérations dont il s'agit ne sont pas toujours de véritables assurances sur la vie, et qu'il a fallu forcer le sens naturel des mots pour les faire entrer dans le cadre trop étroit du contrat proprement dit d'assurance.

363. On reconnaît, en effet, deux types principaux de convention désignés sous la dénomination d'assurances sur la vie :

1° L'assurance *en cas de décès;*

2° L'assurance *en cas de vie;*

Voici comment les auteurs rendent compte de la première, c'est-à-dire de l'assurance en cas de décès :

« La mort *prématurée* d'un chef de famille est *souvent* un *véritable sinistre* pour ceux dont il était le soutien. L'assurance en cas de décès fournit un moyen de parer aux conséquences de ce sinistre. Ainsi un père de famille âgé de trente ans conviendra avec une compagnie d'assurances que, moyennant une prime de 1245 francs qu'il lui

versera chaque année, la compagnie paiera lors de son décès, à quelque époque qu'il survienne, un capital de 50,000 francs à sa femme ou à ses enfants. En économisant 1245 francs par an et en capitalisant les économies ainsi réalisées, ce père de famille parviendrait peut-être à un capital supérieur à 50,000 francs s'il vit de longues années; mais il court le risque de ne laisser qu'un capital insignifiant s'il meurt *prématurément*. C'est contre ce risque qu'il s'assure, ou plutôt qu'il assure les siens. Quoi qu'il arrive il laissera 50,000 francs à sa famille : ce capital lui est assuré. Voilà l'assurance *en cas de décès* (1). »

364. L'assurance *en cas de vie* a lieu, au contraire, dans l'intérêt propre de l'assuré. « Celui-ci conviendra avec une compagnie d'assurances qu'il lui versera tous les ans une certaine somme. En retour, la compagnie s'engagera à lui payer un capital déterminé s'il parvient à un âge fixé, soixante ans, par exemple. La compagnie gardera les primes encaissées s'il meurt avant cet âge. Et comme elle a ainsi une chance de gain, le capital qu'elle s'engage ainsi à payer à l'assuré, s'il vit à l'époque fixée, est bien supérieur au montant des primes accumulées qu'elle aura perçues (2). » On fait encore observer que l'assurance en cas de vie peut servir à constituer une dot à un enfant, etc.

Les deux espèces d'assurances ci-dessus indiquées peuvent être combinées de manière à donner lieu à ce que l'on a appelé *assurance mixte*. Dans ce cas, moyennant le versement annuel d'une prime convenue, l'assureur s'oblige à payer un certain capital à l'assuré, s'il parvient à un âge déterminé, ou à certaines autres personnes (sa veuve ou ses enfants), s'il décède avant cet âge. Il y a, dans ce cas, à la fois assurance *en cas de vie* et assurance *en cas de décès* (3).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 880 *bis*.
(2) *Ibid.*
(3) Cass. 6 fév. 1888, S. 1, 121.

365. Tels sont les types principaux des opérations qualifiées *contrats d'assurances sur la vie humaine.*

Ces contrats, que nous considérons d'ailleurs comme valables, sont-ils de véritables contrats d'assurance?

Il est permis d'en douter, et même la négative paraît certaine.

En effet :

1° Dans l'assurance proprement dite, c'est la valeur de l'objet combinée avec les chances de risque qui détermine d'abord le montant de la prime; c'est ensuite la valeur de la chose au moment du sinistre qui détermine le montant de l'indemnité.

Au contraire, dans les conventions improprement appelées *assurances sur la vie*, c'est le montant d'une somme à payer, d'ores et déjà fixée par anticipation, qui détermine le montant de la prime.

2° L'assurance proprement dite est essentiellement un *contrat d'indemnité.* D'où il suit que la même chose ne peut être assurée en entier par plusieurs compagnies, dont chacune, le cas échéant, serait tenue pour le tout, et qu'en cas de sinistre, il ne peut être exigé qu'une seule indemnité.

Au contraire, dans les prétendues assurances sur la vie, on admet que l'existence d'une même personne peut être assurée en même temps par plusieurs au profit du même intéressé et que l'événement envisagé, décès ou survie, arrivant, il peut être exigé autant d'*indemnités* qu'il y a d'assurances distinctes. Ce qui prouve que les sommes ainsi payées ne sont pas en réalité des *indemnités.*

3° Dans les véritables assurances, l'assureur a le droit de prouver, le cas échéant, l'exagération de l'évaluation faite par l'assuré.

Au contraire, dans les prétendues assurances sur la vie, l'assureur n'a jamais ce droit.

4° Dans l'assurance ordinaire, chaque partie a intérêt à la conservation de la chose.

Dans l'assurance sur la vie, l'une des parties peut avoir intérêt à son propre décès ou au décès d'une autre personne.

5° Enfin, dans les véritables assurances, il ne peut y avoir lieu au paiement d'une indemnité que s'il y a eu sinistre.

Au contraire, dans les prétendues assurances sur la vie, il peut se faire qu'il y ait lieu à ce qu'on appelle improprement une indemnité sans qu'il y ait eu *sinistre* dans le sens ordinaire de l'expression. Il existe, en effet, telle combinaison qui assure toujours une indemnité, ou plutôt un capital, quel que soit l'âge où décède la personne assurée, c'est-à-dire quand même elle arriverait à un âge biblique et s'éteindrait de vieillesse. Or, on ne peut appeler sinistre un événement nécessaire se produisant à l'extrême limite de la période assignée par la nature (1). Par conséquent, les décès prématurés dont on parle peuvent être prématurés par rapport à une date arbitrairement envisagée, mais ne sont pas nécessairement prématurés par rapport aux lois ordinaires de la nature.

On voit donc que, dans la description des contrats envisagés, la plupart des expressions employées sont détournées de leur véritable sens et qu'il n'y a, en réalité, ni indemnité, ni sinistre, ni décès prématuré, ni assurance sur la vie, mais plutôt des paris faits à l'occasion de la vie humaine.

366. Aussi ne faut-il voir dans le contrat d'*assurances sur la vie* qu'un de ces contrats innomés auxquels l'art. 1964 laisse place et qui demeurent soumis aux principes généraux (2). La dénomination d'*assurances sur la vie* n'est, en réalité, qu'une étiquette manquant de précision et assez mal choisie puisqu'elle avait d'abord fait douter de la validité de

(1) Voy. notre dissert., *Du contr. d'assur. sur la vie humaine*, *Recueil des sociétés savantes*, 1867.

(2) LAURENT, t. XXVII, n° 193; VIBERT, *Traité sur le contr. d'assur. sur la vie*, p. 13.

semblables conventions, la vie humaine ne pouvant être appréciée à prix d'argent.

« Mais, disent les auteurs des *Pandectes françaises*, reproduisant, d'ailleurs, les idées qui ont ordinairement cours, on ne réfléchissait pas que, dans ces conventions, la somme promise n'est pas le prix de la vie, et que l'indemnité stipulée est seulement une compensation du préjudice matériel causé par le décès d'un individu (1). » Cela est absolument faux; la somme convenue, qui n'est pas une indemnité, sera due, nous venons de le faire remarquer, quand même le décès envisagé ne causerait aucun préjudice matériel, elle sera due en vertu de la liberté des conventions permettant certains paris ne se référant à aucun jeu illicite, mais se rapprochant des assurances dont parle l'art. 1964.

On affirme encore que la légalité des contrats d'assurances sur la vie est implicitement consacrée, d'abord, par l'art. 66 de la loi du 24 juillet 1867 portant que les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie mutuelles ou à prime restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement, et ensuite par certaines lois fiscales. On cite notamment la loi du 5 juin 1850, art. 37, qui soumet au timbre les polices d'assurances sur la vie; la loi du 29 décembre 1884 relative au timbre d'abonnement obligatoire des polices d'assurances, etc. Mais c'est là une pure équivoque. La loi fiscale rencontre dans la circulation des *actes* ou *polices* portant l'étiquette : *Assurances sur la vie*, elle les soumet au timbre à raison de cette dénomination. Mais il serait absurde de prétendre que, par cela seul, toutes les combinaisons que l'on voudra décorer du titre *Assurances sur la vie* vont se trouver validées.

La vérité est que, parmi les combinaisons imaginées par les compagnies, les unes sont certainement valables sans

(1) V° *Assurance sur la vie*, n° 46.

être de véritables assurances, alors que la validité des autres est contestable.

Ainsi un créancier qui aurait intérêt, pour être payé, à la conservation de la vie de son débiteur, pourrait, en s'engageant au versement d'une prime annuelle pendant un certain nombre d'années, se faire valablement promettre, par une compagnie, le remboursement de sa créance, si le débiteur venait à mourir pendant la période fixée. Cette combinaison prévue par les compagnies est, en réalité, un cautionnement salarié, aléatoirement créé, et ce sont les principes du cautionnement qu'il faut y appliquer. Par conséquent, la compagnie qui opérera le remboursement de la créance sera de plein droit subrogée à toutes les actions du créancier contre la succession du débiteur (art. 2029), alors que s'il fallait appliquer les principes de l'assurance, elle ne pourrait, à défaut de subrogation conventionnelle, recourir qu'à une action *de in rem verso*.

Il faudra encore appliquer les règles ordinaires aux traités connus sous le nom d'*assurances en cas de décès pour la vie entière*. Ce sont des conventions par lesquelles les compagnies s'engagent à payer, lors du décès de l'assuré, à quelque époque qu'il ait lieu, un capital déterminé moyennant des primes annuelles et viagères, réglées d'après l'âge de l'assuré et le capital dont il s'agit.

Une telle convention est en quelque sorte l'inverse du contrat de rente viagère. Dans ce dernier contrat, nous voyons, en effet, une personne qui aliène un capital pour obtenir une rente viagère. Dans celui que nous examinons, il s'agit d'une personne qui s'oblige à une prestation viagère pour acquérir un capital.

Dans la première hypothèse, une partie veut augmenter ses revenus pendant sa vie aux dépens du patrimoine qu'elle laissera à son décès. Dans la seconde hypothèse, elle consent au contraire à diminuer ses revenus pendant

sa vie pour laisser à son décès un capital plus considérable.

On peut même dire que les deux conventions se réduisent *presque* à la même hypothèse : Mettons, en effet, en présence un célibataire et un père de famille; le premier, pour augmenter ses revenus, offrira au père de famille un capital de 20,000 francs par exemple, qu'il lui abandonnera moyennant une rente annuelle et viagère de 1500 francs. Le père de famille, pour augmenter son capital disponible, consentira à grever son budget de 1500 francs par an. Le contrat est aléatoire de part et d'autre. Si on l'envisage au point de vue du célibataire, on le désignera sous le nom de contrat de rente viagère; si on l'envisage au point de vue de l'autre partie, il constituera un contrat présentant de l'analogie avec celui que les compagnies appellent *assurances en cas de décès pour la vie entière* avec cette différence que le père de famille (ou sa succession) ne gagnera pas le capital par le fait de son propre décès, mais par le fait, peut-être postérieur, du décès de l'autre partie.

367. Cette dernière hypothèse venant à se réaliser, il aurait mieux valu, pour le père de famille (ou sa succession), avoir traité avec une compagnie d'assurances.

Il eût également été plus avantageux pour le crédi-rentier de traiter avec une compagnie, car pour le même capital il eût probablement obtenu une rente plus élevée.

Il faut remarquer, en effet, qu'un contrat d'assurance passé avec une compagnie procurera toujours à l'assuré une condition meilleure que celle pouvant résulter d'un semblable contrat conclu avec un simple particulier. La raison en est dans cette circonstance que, par le seul fait de son fonctionnement, une compagnie d'assurances provoque la réunion d'associés groupés dans des mutualités. Par conséquent le capital payé lors d'un décès provient non pas uniquement de l'accumulation et de la capitalisation des versements de l'assuré, comme cela aurait lieu si l'opération

était intervenue entre deux particuliers, mais d'un prélèvement sur l'ensemble des cotisations de groupes de la mutualité, c'est-à-dire des groupes formés par les individus qui ont contracté dans les mêmes conditions.

Les versements mis à la charge de l'assuré peuvent donc être envisagés comme étant de véritables cotisations qui sont payées sous le nom de primes.

La prime peut consister en un capital une fois payé (prime unique); en fait, elle se divise presque toujours en prestations périodiques.

368. Quel doit être le montant de ces prestations?

Les compagnies ont fait des calculs que nous n'avons pas à reproduire ici et c'est avec une certitude mathématique qu'elles indiquent le chiffre de 1 fr. 55 pour la cotisation, en prime unique, à exiger de toute personne âgée de trente ans pour l'assurance d'un capital de 100 francs payable dans le cas où son décès surviendrait dans l'année.

On est parti de cette base, révélée par les tables de mortalité, que sur un million d'individus pris à leur naissance, il en survit 438,183 après trente ans, que l'année suivante, quand l'âge de trente et un ans aura été atteint, le nombre ci-dessus sera réduit à 431,397. Il se produit donc dans la période qui s'écoule entre trente ans et trente et un ans 6785 décès sur un million d'individus. Par suite, le groupe de 438,183 têtes de trente ans, s'il s'était associé en vue de constituer la mutualité nécessaire au fonctionnement de l'assurance, aurait dû souscrire des cotisations suffisantes pour assurer le paiement d'autant d'indemnités (de 100 francs, par exemple), qu'il y a de décès. Il suffit de diviser cette somme totale par le nombre des individus du groupe, pour avoir exactement le montant de la cotisation à exiger, ce qui fait apparaître, comme nous l'avons dit, le chiffre de 1 fr. 55 pour la cotisation destinée à assurer, en prime unique, un capital de 100 francs dans les conditions

ci-dessus indiquées. Tout individu de trente ans peut donc en versant à une compagnie 1 fr. 55 être assuré de laisser à sa mort, *s'il meurt dans l'année*, un capital de 100 francs; si la prime est de 155 francs, le capital sera de 10,000 fr. (1).

Si l'assuré ne meurt pas dans l'année, et s'il veut rester assuré pour l'année suivante, il devra payer une prime un peu plus élevée, car le risque a augmenté et doit augmenter chaque année. Par conséquent, si l'assurance est conclue pour plusieurs années ou pour la vie entière, il faudrait chaque année renouveler l'assurance, et payer des primes qui iraient en croissant jusqu'à la dernière année ou jusqu'au décès. Il valait mieux substituer à ce système d'assurances d'un an successivement renouvelées jusqu'à la fin, une prime moyenne devant demeurer invariable pendant toute la durée de l'assurance. C'est ce qui a été fait. La prime moyenne dans les premières années de l'assurance excède le risque annuel; mais plus tard elle devient trop faible pour le couvrir. L'assureur mettra donc de côté dans les premières années, sous le nom de *réserve* pour les risques en cours, la somme nécessaire pour compléter les primes trop faibles des années à venir.

369. La prime dont le montant est indiqué dans la police est payable d'avance. La police n'a d'effet qu'après le paiement de la prime de la première année, ou si la prime a été fractionnée, qu'après le paiement de la fraction convenue de cette prime. La prime stipulée *portable* peut, en fait, devenir *quérable* par la pratique usuelle des compagnies qui envoient des agents pour en opérer le recouvrement à domicile (2) (Voy. t. VII, n° 119; t. VIII, n° 42).

Dans tous les cas, l'assuré n'est lié que pour un an. Le

(1) COUTEAU, *Assur.*, n° 111; Voy. *Pand. franç.*, v° *Assur. sur la vie*, n° 67 et les autorités citées.

(2) Cass. 10 mars 1873, D. 74, 1, 124.

paiement de la prime est donc facultatif en ce sens que l'assuré peut mettre fin au contrat en cessant de payer la prime. Mais si la prime annuelle a été fractionnée, le paiement de la première fraction entraîne l'obligation de payer les autres fractions de l'annuité qui restent à courir.

Cependant, et suivant les clauses insérées dans la généralité des polices, si l'assuré a intégralement acquitté les primes correspondant aux trois premières années, il pourra, à son choix, réclamer une assurance réduite d'après le tableau admis par la compagnie, ou le remboursement d'une valeur dite de *rachat* de sa police.

370. Les explications que nous venons de fournir quand au fonctionnement des assurances sur la vie, permettront maintenant d'apercevoir le fondement juridique sur lequel reposent les conventions de cette nature.

Il faut d'abord distinguer entre les deux principaux types d'assurance, les assurances en cas de vie et les assurances en cas de décès.

Pour les premières, et en tenant compte des précisions que nous avons faites, il n'y a pas de difficultés sérieuses à résoudre. La situation est fort simple puisqu'elle se règle du vivant de l'assuré, et qu'elle a pour objet la réalisation d'un capital déterminé dans un délai fixé. Suivant l'opinion générale, c'est un contrat aléatoire, innomé, présentant certaines analogies avec le contrat de rente viagère.

371. La situation est plus compliquée lorsqu'il s'agit de l'assurance en cas de décès.

Dans ce cas, l'assuré étant décédé, il faut nécessairement que l'assurance, d'après les termes de la convention, profite soit à sa succession, soit à un tiers déterminé.

Il semble qu'il y ait un cas intermédiaire, celui où l'assuré s'est réservé par une clause formelle la faculté de désigner ultérieurement le bénéficiaire de l'assurance. Mais il faut remarquer que si l'accusé est décédé sans user de cette

faculté de désignation, on se trouve, en realité, dans le cas où l'assurance doit profiter à la succession. Si, au contraire, l'assuré a usé de cette faculté, on se trouve dans le cas d'une assurance contractée au profit d'un tiers déterminé (1).

372. Quand l'assuré a stipulé le paiement de l'indemnité à son décès sans désignation d'une personne déterminée pour en recevoir le montant, il est d'abord certain qu'il a voulu appliquer à lui-même le droit, tel quel, résultant de la police avec la possibilité d'en disposer de son vivant comme de tout autre élément de son patrimoine. Mais il demeure entendu que s'il décède sans en avoir disposé, l'indemnité reviendra à sa succession. Quelquefois le stipulant envisageant ce résultat a employé les expressions : la compagnie paiera l'indemnité à ma succession, à mes héritiers ou ayant cause, ou autres expressions analogues. Cette formule n'a pas pour effet de paralyser le droit de disposition qui continue d'appartenir au stipulant durant sa vie. La succession profitera de l'assurance le cas échéant. L'assuré en stipulant pour lui a stipulé pour ses héritiers, ou bien s'il a seulement mentionné ses héritiers ou sa succession il a, par la force des choses, stipulé en même temps pour lui-même. C'est une application de l'art. 1122 (2) (Voy. t. VII, n° 55). Les héritiers de l'assuré ne peuvent donc réclamer le montant de l'assurance qu'en leur qualité d'héritiers, c'est-à-dire en acceptant la succession. A défaut d'ayant droit à cette succession, le bénéfice de l'assurance revient à l'Etat (3).

373. Quand l'assurance a été contractée au profit d'une personne déterminée, elle doit produire son effet par application de l'art. 1121; c'est l'un des cas de stipulation pour autrui validés par ce texte. Nous avons déjà examiné ce

(1) 2 juill. 1884, S. 85, 1, 5.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 880, *quater;* Cass. 15 déc. 1873, S. 74, 1, 199.

(3) Paris, 14 fév. 1890, *la Loi*, 1890, p. 315.

point (Voy. t. VII, nos 51, 52 et suiv.), mais il convient d'y revenir avec plus de précision.

Il résulte des principales décisions intervenues au sujet des assurances contractées au profit d'un tiers (1) :

1° Que le bénéficiaire n'acquiert un droit *irrévocable* sur le capital assuré qu'à partir du jour de son acceptation ;

2° Que cette acceptation, qui n'est d'ailleurs soumise à aucune forme, peut se produire utilement après le décès de l'assuré?

3° Que cependant le droit au capital assuré s'est fixé sur la tête du tiers bénéficiaire, sans avoir fait partie de la succession du stipulant, et sans que les créanciers de ce dernier puissent y prétendre (2).

374. La première difficulté qui se présente, et que les auteurs négligent en général d'examiner, est celle de savoir comment il peut se faire que le tiers bénéficiaire du contrat d'assurance, qui n'a pas figuré au contrat, et qui n'a pas été représenté par l'assuré, se trouve néanmoins investi d'une action née directement sur sa tête.

Labbé a soutenu qu'il était possible de rattacher le contrat d'assurance sur la vie à deux principes différents, soit à la gestion d'affaires, soit à la stipulation pour autrui (3).

D'après cet auteur, le stipulant pourrait avoir traité avec l'assureur comme gérant d'affaires du tiers bénéficiaire qui, par une ratification, peut s'approprier le bénéfice de l'opération. La créance ayant pour objet le capital assuré naîtrait

(1) Cass. 8 fév. 1888, S. 88, 1, 121 ; Comp. quatre autres arrêts des 16 janv., 6 fév., 22 fév., 27 mars 1888, *ibid.* ; Voy. DUHAUT, *Justif. de la jurisp. de la C. C. en matière d'assur. sur la vie* (Paris, 1891) ; *Adde*, Cass. 7 août 1888, S. 89, 1, 97.

(2) Arrêt précité du 6 fév. 1888 ; Paris, 30 avr. 1891, D. 92, 2, 153 ; Comp. Cass. 22 juin 1891, D. 92, 1, 205.

(3) Voy. note dans S. 77, 1, 393 ; Conf. FLURER, *Exam. doctr.*, *Rev. crit.*, 1889, p. 314.

alors au profit du tiers sans être d'abord entrée dans le patrimoine du stipulant. Ce n'est pas à dire qu'il n'y a pas eu donation du stipulant au tiers, seulement la donation aurait pour objet, non le capital assuré, mais les primes payées par l'assureur.

Une pareille interprétation est absolument inadmissible. La gestion d'affaires ne se rencontre que dans des hypothèses extrêmement rares (Voy. t. VIII, n° 386). Où est l'affaire gérée par le stipulant, et comment peut-on concevoir une gestion d'affaires commençant par une donation et se réduisant à une donation?... Il est donc naturel que certains auteurs n'hésitent pas à décider que la gestion d'affaires est inadmissible en matière d'assurances sur la vie (1).

Aussi Labbé admettait-il que les juges pourraient, suivant les circonstances, rattacher la même opération à la stipulation pour autrui. Ce palliatif est encore plus inacceptable. L'option laissée aux juges du fait de rattacher l'assurance pour un tiers, soit à une stipulation pour autrui, soit à une gestion d'affaires, ne ferait que consacrer un arbitraire sans contrôle possible. Aussi cette opinion n'a-t-elle pas eu de succès, et la Cour de cassation a formellement décidé que l'assurance envisagée est essentiellement régie par l'art. 1121 (2).

375. Il reste encore à expliquer comment il se fait que le droit au capital assuré demeure acquis au tiers bénéficiaire, demeuré étranger au contrat, à partir de la date de ce même contrat, quand même l'acceptation aurait eu lieu postérieurement et après la mort du stipulant.

D'abord, on a dit que les donations faites par le mode exceptionnel qu'autorise l'art. 1121 échappent aux prescriptions des art. 931 et 932 en ce qui concerne la forme soit

(1) Couteau, *loc. cit.*, n° 314; Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Assur. sur la vie*, n° 13.

(2) Arrêt précité du 16 janv. 1888.

de la donation, soit de l'acceptatian, elles doivent donc échapper aussi aux prescriptions de l'art. 932 en ce qui concerne l'époque de l'acceptation, alors surtout que l'art. 1121 ne dit nullement que l'acceptation du bénéficiaire doit intervenir du vivant du stipulant (1). Mais c'est là une pure affirmation présentée sous la forme d'une conclusion non contenue d'ailleurs dans la prémisse.

On ajoute que cette acceptation expresse ou tacite faite pendant la vie de l'assuré ou après son décès rétroagit au jour du contrat. « En effet, dit-on, la stipulation pour autrui que contient l'assurance en cas de décès au profit d'une personne déterminée est une condition de la stipulation, et d'après l'art. 1179 la condition accomplie rétroagit au jour du contrat. En d'autres termes, l'assurance en cas de décès au profit d'une personne déterminée peut s'analyser de la manière suivante : l'assuré stipule de la compagnie comme contre-valeur des primes qu'il verse ou versera qu'elle paiera un capital de... à sa succession ou à telle personne déterminée, *si celle-ci accepte la stipulation faite à son profit.* Une fois accomplie, cette condition rétroagit aux termes de l'art. 1179 (2). »

Il y a là une confusion et une erreur : d'abord la condition, si condition il y a, ne peut intéresser la compagnie qui demeure toujours tenue, quoi qu'il advienne, de payer le capital convenu au décès de l'assuré. La prétendue condition ne peut intéresser que le tiers bénéficiaire; or l'allégation d'une condition intéressant ce dernier implique nécessairemens que l'opération a été considérée comme contenant indépendamment de la convention principale faite avec la compagnie, l'offre d'une libéralité adressée à un tiers, et subordonnée à une acceptation émanée de ce dernier. Mais

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 880 *sexies*.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 880 *septies*.

l'acceptation d'une libéralité n'est pas une condition ayant un effet rétroactif (art. 932). (Voy. t. VI, n° 184).

Parler à ce propos d'effet rétroactif, c'est confondre un élément essentiel et constitutif de la donation avec la modalité qui seule peut rétroagir (1). C'est un point que nous avons déjà amplement démontré (Voy. t. VII, n° 241 et suiv.).

Aubry et Rau étaient plus près de la vérité quand ils exprimaient l'opinion que l'offre contenue dans une stipulation pour autrui n'était pas faite *en vue d'un contrat à conclure*, mais constituait une simple charge de la convention déjà formée et qui la rend obligatoire pour le promettant (2), c'est-à-dire rend le tiers désigné immédiatement créancier du promettant.

S'il en est ainsi, avons-nous déjà conclu sur l'art. 1121 (Voy. t. VII, n^{os} 47, 48 et 49), pourquoi hésiter à reconnaître qu'il faut soustraire les stipulations pour autrui, et par conséquent les assurances sur la vie au profit d'un tiers, aux règles étroites du contrat, et déclarer que l'acceptation du tiers n'est pas requise, qu'il se trouve de plein droit lié au stipulant et au promettant par le seul fait de la convention passée avec ces deux derniers, que son acceptation est uniquement exigée pour rendre son droit irrévocable, ce droit résultant d'une simple déclaration unilatérale de volonté distincte du contrat qui lui a donné occasion de se produire (3)?...

376. Le bénéficiaire de l'assurance acquiert donc contre la compagnie un droit direct, dérivant du contrat même d'assurance. La créance ou action ayant pour objet le paiement de ce capital, lui appartient donc *jure proprio* et non *jure hereditario*.

(1) Voy. Flurer, *loc. cit.*, p. 317.

(2) § 343, note 27.

(3) Saleilles, *loc. cit.*, n° 249; Beltjens, *Encyclop.*, sous l'art. 1121, n° 29; Worms, *loc. cit.*; Procès, *Trav. publ. de l'Etat*, n^{os} 8 à 20 (Bruxelles, 1894).

Il suit de là qu'il n'a pas besoin, pour avoir droit au profit de l'assurance, d'accepter la succession de l'assuré. Il n'est pas même nécessaire qu'il survive à celui-ci. On devra donc se reporter au moment du contrat pour apprécier la capacité du bénéficiaire. Ces résultats sont consacrés par la jurisprudence, mais les motifs fournis à l'appui ont souvent donné lieu à la critique. On dit en effet que le capital dû par l'assureur est une *valeur créée*, ne se formant et ne commençant d'exister qu'au décès de l'assuré, et par le fait même de ce décès, que dès lors il n'a jamais fait partie du patrimoine de l'assuré, et se trouve par suite en dehors de sa succession (1). (Voy. t. VII, n° 51).

Sans doute, ce capital est en dehors de la succession, mais est-il bien certain qu'il n'a jamais fait partie du patrimoine de l'assuré? C'est ce qu'il faut examiner.

377. La circonstance que le droit du bénéficiaire est exercé par lui *jure proprio* et non *jure hereditario*, n'empêche pas que ce soit un droit dérivé. Le bénéficiaire est véritablement un donataire, car le droit dont il se trouve investi lui est procuré à titre gratuit. Sans doute la libéralité qui lui est ainsi faite, est affranchie des règles de forme applicables aux donations ordinaires; mais elle est soumise aux règles de fond concernant le rapport et la réduction. Il faut, à ce double point de vue, considérer la libéralité résultant de l'assurance comme ayant pour objet le capital même qui a été assuré, et non pas seulement les primes qui ont été payées par le stipulant. Il faudra donc faire état du montant de ce capital, soit pour le rapport, soit pour la réduction (2). La donation, en effet, a porté en réalité sur l'action même que l'assurance devait procurer au disposant (Voy. t. V, n° 351). Telle est la

(1) Cass. 6 fév. et 16 janv. 1888, S. 88, 1, 121.
(2) Cass. 8 fév. 1888, S. 88, 1, 121; *Contrà*, Nancy, 18 fév. 1888, S. 90, 2, 27.

solution rationnelle d'abord donnée par la Cour de cassation.

On a produit, pour soutenir l'opinion contraire de bien singulières raisons; on a dit : « Le donateur ne donne que ce qu'il fait sortir de son patrimoine, donc seulement le montant des primes. » C'est se laisser tromper par une apparence; ce qui sort du patrimoine, nous venons de la dire, c'est l'action tendant à obtenir le bénéfice même du contrat, on ajoute : « Le surplus, le donataire le doit au résultat d'un contrat aléatoire, qui a tourné à son profit. Si je donne à quelqu'un une obligation du canal de Panama, et que le donateur gagne le gros lot de 500,000 francs, dira-t on que j'ai fait donation de cette somme (1)? » Mais il n'y a aucun rapport entre les deux hypothèses. Celui qui fait donation d'une obligation du canal de Panama ou de toute autre valeur à lot, doit être considéré comme celui qui donne un billet de loterie, il a seulement donné *une chance;* c'est la valeur de cette chance qui devra seule être rapportée. Au contraire, celui qui procure à un tiers le bénéfice d'une assurance sur la vie payable à son décès, donne *une certitude;* quoi qu'il advienne le capital convenu sera payable au décès qui a été envisagé. Ce n'est pas sur l'existence même du droit à un tel paiement que porte l'*alea* du contrat.

Nous reconnaissons néanmoins qu'il est difficile de concilier les solutions qui précèdent consacrées par la Cour de cassation avec celles qu'elle adopte en matière de faillite. On sait, en effet, que si les créanciers de l'assuré ne peuvent pas disputer au bénéficiaire le profit de l'assurance, même quand l'assuré est mort en état de faillite, attendu qu'ils n'ont aucun droit sur les biens qui sont sortis du patrimoine de leur débiteur par une donation, il en est autrement dans le cas d'une donation faite par un failli au profit de sa femme. L'art. 564, C. com., dispose, en effet, que la

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 880 *septies*.

femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari sera devenu commerçant dans l'année de cette célébration, ne pourra exercer dans la faillite de celui-ci aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage. Cette disposition s'applique *a fortiori* aux libéralités faites durant le mariage. Or, d'après les solutions qui précèdent, toutes ces libéralités devraient être rapportées par la femme à la masse active de la faillite. La jurisprudence s'était prononcée dans ce sens; mais un revirement s'est produit à cet égard et finalement la Cour de cassation a décidé que : « Les dispositions des art. 559 et 564, C. com., ne sauraient s'appliquer à une assurance sur la vie contractée directement au profit de la femme du failli, et n'ayant jamais fait partie du patrimoine de l'assuré; que l'avantage ainsi créé par l'assuré au profit de la femme n'appartient pas plus aux créanciers de l'assuré qu'à l'assuré lui-même, sauf le droit d'exiger, *suivant les circonstances*, la restitution des primes payées par l'assuré sur ses biens personnels (1). »

Ces affirmations arbitraires étaient absolument destructives de tout ce qui a été admis en matière de rapport et de réduction. Aussi a-t-on pu immédiatement prédire que la Cour de cassation, engagée dans une telle voie, ne pourrait pas facilement s'arrêter et qu'elle finirait par admettre que, en matière de succession, la police ne doit pas être comprise dans les calculs de rapport ou de quotité disponible (2).

C'est en effet ce qui est arrivé; la Cour de cassation, rompant nettement avec sa jurisprudence antérieure, a décidé, en 1876, que l'assurance sur la vie conclue au profit d'un tiers déterminé échappait aux règles de la réduction et du

(1) Cass. 22 fév. 1888, S. 88, 1, 121.

(2) THALLER, *Ann. de Dr. comm.*, 1888, p. 197; Conf. FLURER, *Revue crit.*, 1889, *Exam. doctr.*, p. 324.

rapport (1). Il y a là, a-t-on dit avec raison, « une atteinte grave à l'égalité des partages, à l'intégrité de la réserve. Après avoir obstinément et toujours inutilement attaqué de front ces deux principes, on croit pouvoir aujourd'hui les tourner. Au reste, que ne demande-t-on pas à l'assurance? Il ne suffit pas qu'elle soit un moyen de prévoyance et d'épargne, voire même un instrument de crédit. Il faut qu'elle permette de capitaliser sans payer ses dettes et de bouleverser à son aise tout notre régime successoral. A ce compte-là, des amis trop zélés ne tarderont pas à lui créer une difficulté de plus, en lui suscitant des adversaires qu'elle n'avait pas (2). »

378. Les règles concernant les assurances sur la vie faites par l'un des conjoints au profit de l'autre ont déjà été indiquées plus haut (t. IX, nos 86 et 87). Nous avons également parlé des récompenses auxquelles peuvent donner lieu ces assurances quand elles ont été faites pendant la durée de la communauté (Voy. t. IX, n° 225).

SECTION II.

Règles spéciales.

379. — Règles de validité. Dans le cas d'assurance sur la tête d'un tiers, le consentement de celui-ci est-il nécessaire?
380. — Suite. — Capacité; condition d'existence.
381. — Comment prend fin l'assurance sur la vie.
382. — De la prescription.
383. — Versement de l'indemnité à la Caisse des dépôts et consignation.
384. — Preuve du contrat d'assurance.
385. — De la compétence en matière d'assurances sur la vie.

379. Le contrat d'assurance sur la vie, considéré d'une manière générale, est soumis, pour sa validité, aux règles

(1) Cass. 29 juin 1896, S. 96, 1, 361.
(2) Charmont *Revue crit.*, 1897, *Exam. doctr.*, p. 337.

ordinaires concernant le consentement que doivent fournir les parties contractantes et leur capacité.

Dans le cas d'une assurance sur la tête d'un tiers on a agité, comme nous l'avons déjà indiqué, la question de savoir si celui qui a pris une pareille assurance est tenu de justifier de l'intérêt qu'il a ou peut avoir à la conservation de l'existence de ce tiers. La difficulté n'a plus aujourd'hui qu'une importance théorique, puisque, en fait, le contrat d'assurance est toujours conclu avec une compagnie et que, d'après l'avis du Conseil d'État du 28 mai 1818 qui a autorisé les opérations des compagnies d'assurances sur la vie, les statuts de ces compagnies ne sont approuvés que s'ils contiennent la clause suivante : « Aucune assurance exigible au décès d'un tiers ne peut être contractée sans le consentement de ce tiers, ou, s'il s'agit de personnes inhabiles à contracter, sans le consentement de leur père, mère, tuteur ou curateur. Le consentement du mari pour une assurance sur la tête de sa femme ne dispense pas du consentement de cette dernière. » Or le consentement du tiers est considéré comme une preuve suffisante de l'intérêt que peut avoir le preneur d'assurance à la conservation de la vie de ce tiers.

380. Quand il s'agit de l'assurance conclue au profit d'un tiers, il faut en principe se reporter à la date du contrat pour apprécier la capacité du tiers bénéficiaire. Mais il faut avant tout que celui-ci existe à la date du contrat envisagé. Par conséquent l'assurance conclue sur la tête ou au profit d'une personne déjà décédée au moment où le contrat est formé, est frappée de nullité. C'est une décision analogue à celle qui résulte de l'art. 1974 en matière de rente viagère, et cette décision s'impose.

Mais il ne saurait en être de même de la solution donnée par l'art. 1975 qui annule une constitution de rente quand celui sur la tête de qui la rente est établie meurt dans les

vingt jours de la maladie dont il était alors atteint. Il y a là un *jus singulare* qu'il n'est pas possible d'étendre à un cas imprévu. Mais cette hypothèse pourrait, le cas échéant, donner lieu à l'application de la clause suivante qui est insérée dans presque toutes les polices d'assurance :

« Les déclarations soit du contractant, soit du tiers assuré servent de base au présent contrat. Toute réticence, toutes fausses déclarations qui diminueraient l'opinion du risque ou qui en changeraient le sujet, annulent l'assurance, et dans ce cas, les primes payées demeurent acquises à la compagnie. »

Mais si, par exemple, la personne assurée décédait subitement dans la soirée, par suite d'une attaque d'apoplexie foudroyante, alors que le médecin de la compagnie avait constaté qu'avant midi, au moment de la signature du contrat, elle jouissait d'une santé parfaite, la régularité de l'assurance conclue ne pourrait être contestée (1).

Une loi du 11 juillet 1868 portant création d'une caisse d'assurances en cas de décès à la suite d'accidents résultant de travaux agricoles ou industriels, dans le but de payer au décès de chaque assuré, à ses héritiers ou ayants-droit, une certaine somme, déclare dans son art. 3 que si le décès de l'assuré arrive moins de deux ans après le signature du contrat, l'assurance est nulle. Cette mesure ne saurait être appliquée aux assurances sur la vie ordinaires, car elle a seulement pour but de dispenser l'assuré d'une visite médicale. On a voulu voir dans cette innovation un véritable progrès réalisé dans le mode d'admission à l'assurance, car les compagnies exigent une visite du médecin avant la délivrance de la police, mais en réalité le forfait adopté est dangereux pour l'assuré qui peut mourir subitement dans les deux ans, sans maladie préalable, et dont

(1) Paris, 18 août 1875, *J. Trib. comm.*, t. XXV, p. 348.

les héritiers ne pourront que réclamer le remboursement des primes payées, avec un intérêt de 4 0/0, et dangereux pour l'assureur qui peut ainsi ignorer l'existence d'une maladie invétérée dont l'effet se produira inévitablement plus tard.

Il a été tenu compte de cette observation dans la loi du 17 juillet 1897 autorisant la caisse créée par la loi du 11 juillet 1868 à faire des assurances mixtes; d'après l'art. 2 de la loi de 1867 pour pouvoir être l'objet d'une proposition d'assurance mixte, les intéressés doivent répondre aux questions, et se soumettre aux constatations médicales qui seront prescrites par les polices.

381. Le contrat d'assurance en cas de décès prend fin par la mort de l'assuré et le paiement de la somme convenue valablement effectué par l'assureur.

S'il s'agit d'une assurance en cas de vie, le contrat prend fin par la mort de l'assuré avant l'expiration du terme envisagé. S'il s'agit d'une assurance temporaire, le contrat prend fin par la simple expiration de la période pour laquelle il a été formé, peu importe que le décès de l'assuré survenu après ce délai provienne d'une maladie antérieure à l'expiration de l'assurance.

Enfin s'il s'agit d'une assurance contractée pour une certaine cause, cette assurance prendra fin par la cessation de cette cause. Ainsi un créancier contracte une assurance sur la vie de son débiteur pour sûreté de sa créance; cette assurance de solvabilité s'éteint en même temps que la créance qui en a été l'occasion.

L'assurance peut encore cesser par une résiliation amiable ou rachat opéré dans les conditions prévues par les statuts.

En cas d'inexécution des engagements par l'une des parties, l'action en résolution est ouverte à l'autre par application de l'art. 1184. Les polices d'assurance contiennent presque toujours la clause d'une résolution de plein

droit. Dans tous les cas le contrat résolu est réputé n'avoir pas existé; en conséquence l'assuré perd tout droit à l'assurance convenue, et l'assureur doit restituer les primes perçues.

382. Dans le but d'éviter les difficultés pouvant résulter de l'application des règles reçues en matière de prescription, les polices contiennent en général des clauses de résiliation à très bref délai pour le cas du non-paiement des primes. D'autre part le bénéficiaire s'oblige à réclamer le paiement de la somme assurée, sous peine de déchéance, dans un délai qui, généralement, ne dépasse pas une année.

La validité de ces clauses a été contestée, car il semble contraire à une disposition d'ordre public de substituer ainsi par anticipation ce qu'on appelle une déchéance à une prescription (1). On a cependant reconnu que la durée de l'existence d'un droit est susceptible d'être réglée par la convention même qui lui donne naissance (2).

383. Quand le capital de l'assurance est déposé à la Caisse des dépôts et consignations le bénéficiaire ne peut le toucher qu'au bout de trente années révolues à partir du décès de l'assuré. La Caisse doit faire emploi de ce capital en une rente 3 0/0 sur l'Etat, de manière que le bénéficiaire touche les arrérages de cette rente, à la charge par lui de donner à la Caisse un cautionnement suffisant pour répondre de cinq années d'arrérages (3).

C'est surtout en cas de perte par l'assuré du double de sa police qu'il y a lieu de prescrire le versement du capital assuré à la Caisse des dépôts et consignations.

384. Il ne faudrait pas cependant inférer de cette solution que le contrat d'assurance sur la vie ne peut être prouvé que

(1) Paris, 19 déc. 1849, S. 50, 2, 42.
(2) Cass. 1er fév. 1853, S. 56, 1, 892.
(3) Trib. Seine, 12 fév. 1881 et 26 mars 1879, *J. Trib. comm.*, t. XXIII, p. 147; Comp. Paris, 22 mai 1882, *J. N.*, n° 22894.

par écrit. L'art. 332, C. com., prescrivant la nécessité d'un écrit concerne uniquement les assurances maritimes, et ne saurait être étendu aux autres (1). Théoriquement le contrat d'assurance sur la vie est donc soumis au droit commun quant à la preuve.

En fait, néanmoins les clauses de la police stipulent presque toujours la nécessité d'un écrit. Lorsque l'existence d'un contrat d'assurance sur la vie sera l'objet d'une contestation, il sera bien rare qu'il ne se trouve pas quelque document pouvant servir de commencement de preuve par écrit.

En principe, la police doit être rédigée en double exemplaire. Néanmoins quand l'assurance est faite au moyen d'une prime fixe, payée avant la signature du contrat qui en porte quittance, la convention est devenue unilatérale et pourra être constatée par un seul exemplaire remis à l'assuré qui demeure créancier (Voy. t. VIII, n° 238).

Si la prime unique n'a pas été payée au moment même de la signature, le contrat est et demeure synallagmatique, et la formalité relative au *bon et approuvé*, prescrite par l'art. 1326 pour les contrats unilatéraux n'est pas applicable.

385. Au point de vue de la compétence, les difficultés auxquelles peut donner lieu le contrat seront de la compétence des tribunaux ordinaires, juges de paix ou tribunaux civils, selon les cas, s'il s'agit uniquement du paiement de la prime (2). Si la contestation porte sur l'existence ou l'interprétation de la convention, la compétence sera réglée en tenant compte de cette circonstance que l'assurance est, à l'égard de l'assuré, un acte essentiellement civil, tandis que le même acte est commercial à l'égard de la compagnie qui

(1) COUTEAU, *loc. cit.*, n° 322; HERBAULT, *Traité des assur. sur la vie*, n° 146.

(2) Voy. Cass. 25 fév. 1867, BONN. DE MARSANGY, 1re part., p. 108.

assure, sauf exception pour les sociétés simplement mutuelles (1).

Au point de vue de la compétence *ratione loci*, les polices contiennent presque toujours une clause ainsi conçue : « Toutes les contestations de quelque nature qu'elles soient, qui pourraient être intentées directement ou indirectement contre la compagnie à l'occasion du présent contrat ou pour son exécution, seront de convention expresse soumises aux tribunaux du département de la Seine », ou plus généralement du lieu où le siège social est établi.

Par application de cette clause les compagnies doivent être assignées devant le tribunal indiqué et non devant celui du lieu où la police d'assurance a été remise à l'assuré par l'agent de la compagnie, quand cet agent, simple intermédiaire, n'avait pas mandat de traiter au nom de la compagnie et de l'obliger (2).

Mais les compagnies d'assurances qui ont des succursales où elles sont représentées par des agents spéciaux ayant pouvoir de les obliger, peuvent être assignées devant le tribunal du siège de ces succursales relativement aux contestations résultant du contrat conclu avec les représentants des compagnies (3).

(1) Dijon, 6 juin 1888, *J. des assur.*, 1889, p. 269; Trib. civ. Seine, 6 fév. 1890, *J. des assur.*, 92, p. 71.

(2) Cass. 6 avr. 1886, *J. des assur.*, 86, p. 197; Cass. 25 juin 1878, S. 79, 1, 357.

(3) Nîmes, 9 déc. 1872, Bonn. de Marsangy, 2e part., p. 450.

APPENDICE AU TITRE DOUZIÈME

N° 1. — Règles de Droit international privé.

386. — Du jeu et du pari. — La loi applicable est celle qui a été envisagée par les parties.
387. — Marchés à terme.
388. — Rente viagère.
388 *bis*. — Loteries.
389. — Assurances sur la vie; compagnies étrangères établies en France non soumises à l'autorisation préalable, ni à la surveillance.
390. — Conditions de validité d'un contrat d'assurances intéressant des étrangers. Jurisprudence étrangère quant à l'attribution de l'indemnité.
391. — Règle de compétence.
392. — Interprétation des conventions.

386. La règle générale d'après laquelle c'est l'intention des parties qui détermine la loi applicable aux contrats et obligations conventionnelles, ne peut avoir qu'une valeur théorique en ce qui concerne les obligations dérivant du jeu ou du pari.

Les déclarations des parties sur ce point ne peuvent produire de conséquences utiles que si elles ne sont pas démenties par les faits.

Il suit de là qu'il faut, en pratique, appliquer la loi en vigueur au lieu où le contrat de jeu ou bien le pari a été conclu. Si donc, d'après la loi en vigueur dans ce lieu, le jeu ou le pari a pu engendrer une action au profit du gagnant, c'est-à-dire rendre celui-ci créancier, la créance ainsi engendrée pourra être invoquée devant les tribunaux français, quand même elle résulterait d'un jeu ou d'un pari non muni d'action par la loi française.

387. Il faudrait cependant faire, pour les marchés aléatoires, une distinction concernant les marchés valablement conclus dans un pays sous l'empire d'une loi qui les autorise, mais devant être exécutés dans un autre pays dont la loi n'en reconnaît pas la validité. Les prohibitions d'une loi, en pareille matière, ayant surtout pour motifs des considérations d'ordre économique et même d'ordre public, il semble retionnel si le contrat est invoqué devant un tribunal du pays dans lequel il devait être exécuté, d'appliquer la loi en vigueur dans ce pays (1). L'exception de jeu pourrait donc être admise dans ce dernier pays, alors qu'elle ne pourrait pas l'être au lieu de la formation du contrat, et réciproquement. Ainsi, il a été jugé que les tribunaux belges ne peuvent accorder aucune action en justice pour un marché à terme constituant un pur jeu, alors même qu'il a été contracté en France sous l'empire de la loi du 28 mars 1885, qui reconnaît la légalité d'un pareil marché (2).

388. Pour le contrat de rente viagère il faut également appliquer les règles générales qui gouvernent les conventions. Les circonstances néanmoins permettront souvent aux juges du fait de présumer que les parties ont entendu se soumettre soit à la loi du pays du titulaire de la rente, soit, quand elles ont contracté au sujet d'un immeuble, à la loi du lieu de la situation de cet immeuble.

Il faudra, cependant, tenir compte, dans tous les cas, des dispositions qui intéressent le régime des biens ou ce qu'on appelle l'ordre public.

Ainsi l'art. 1981 déclare qu'une rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit. Cette disposition devrait être observée en France,

(1) Consult. Trib. Tunis, 30 juill. 1888, *Rev. Alg.*, 88, 2, 439.

(2) Bruxelles, 4 fév. 1892, *Pas.*, 92, 2, 217; Bruxelles, 29 mai 1891, *Pas.*, 91, 2, 341; Bruxelles, 19 déc. 1890, *Pas.*, 91, 2, 92; *Contrà*, Bruxelles, 23 avr. 1891, 2, 274.

même à l'égard des rentes viagères créées dans un pays qui ne connaîtrait pas une telle restriction.

Nous en dirons autant de l'art. 1974 portant que tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ne produit aucun effet.

On a encore soutenu que l'art. 1978 qui n'admet pas la condition résolutoire tacite, pour le seul défaut du paiement des arrérages, doit régir les contrats de rente conclus sous l'empire d'une loi ne contenant pas une semblable disposition (1). Nous ne saurions adopter cette solution. Nous avons déjà constaté que les parties pouvaient déroger à l'art. 1978, et stipuler une résolution conventionnelle (Voy. *suprà* n° 355). Donc, si elles ont traité sous l'empire d'une loi qui ne contient rien de semblable à ce que prescrit l'art. 1978, il faut les considérer comme affranchies de l'observation de cet article auquel elles n'ont pas entendu se soumettre, et auquel elles auraient probablement dérogé si elles avaient traité en France.

388 *bis*. La loi du 21 mai 1836, qui prohibe les loteries, atteint non seulement les loteries dont le siège principal serait en France, mais encore les préposés ou agents de loteries étrangères qui s'efforcent d'étendre leurs opérations sur le territoire français au moyen de bureaux, agences ou autres établissements auxiliaires (2). Cette loi prohibe même les loteries dont l'exploitation ne serait dirigée que vers l'étranger (3).

Par conséquent, il est défendu de placer des billets de loterie étrangère, et même de faire dans les journaux l'annonce de ces loteries (4), ou d'y publier les numéros des obligations gagnant des lots attachés à un emprunt non

(1) BROCHER, *Cours de Dr. int. pr.*, t. II, nos 219 et 227.
(2) Voy. note, *J. de Dr. int. pr.*, 1885, p. 325.
(3) Comp. Cass. belge, 28 juin 1886, *Pas.*, 86, 1, 279.
(4) Voy. DALLOZ, v° *Loterie*, n° 27.

autorisé. Cette infraction est toute matérielle, et il n'y a pas lieu de se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi du prévenu, ni du but de l'annonce, ni de sa moralité (1).

Les dispositions de la loi d'un pays prohibant les loteries, doivent être considérées par les tribunaux de ce pays comme intéressant l'ordre public général. Toute convention relative à une loterie ne peut donc recevoir de sanction en France, alors même qu'elle aurait été licite dans la législation qui régit le contrat (2), et le gage constitué à son occasion n'aurait aucun effet en France (3).

389. Les assurances sur la vie donnent lieu à plus de difficultés.

D'abord, il est reconnu par l'administration que les compagnies étrangères d'assurances sur la vie qui s'établissent en France, ne sont pas soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement prescrites par l'art. 66 de la loi du 24 juillet 1867. Elles sont donc pleinement maîtresses de leurs tarifs, et peuvent ainsi, par cette liberté même, faire une concurrence sérieuse aux compagnies françaises.

Aussi la pratique de l'administration est-elle généralement combattue par les auteurs, qui soutiennent que l'art. 66 doit être appliqué aux assureurs étrangers, parce que les dispositions qu'il édicte sont, d'après eux, d'*ordre public* (4). Ils ajoutent que l'art. 66 a été édicté, non en raison de la forme des sociétés qui pratiquent l'assurance sur la vie, mais en raison de leur genre d'industrie. L'industrie des assurances sur la vie, dit-on, n'est pas libre en France, pas plus que d'autres d'ailleurs *telle que celle de la fabrication ou de la*

(1) Cass. 14 janv. 1876, D. 76, 1, 185; Comp. Cass. belge, 18 juill. 1887, *J. des trib.*, 4 août 1887.

(2) Douai, 6 août 1883, *J. de Dr. int. pr.*, 1884, p. 190.

(3) Trib. Bruxelles, 21 mars 1885, *J. des trib.*, 1885, p. 464.

(4) Vavasseur, *Traité des soc.*, t. II, p. 653; Couteau, *Traité des assur. sur la vie*, t. II, n° 272, etc.

vente du tabac! Mais comment peut-on argumenter de ce qui se passe à l'occasion du tabac, qui est l'objet d'un monopole, dans la question des assurances sur la vie, qui ne sont encore l'objet d'aucun monopole? La vérité est que tout ce qui touche à l'autorisation des sociétés d'assurances sur la vie, se rattache à un vieux système de protection des intérêts privés, que la loi de 1867 elle-même a répudié pour les sociétés anonymes.

Quoi qu'il en soit, l'attention des pouvoirs publics a été attirée sur ce point et a amené l'insertion dans le projet de loi sur les sociétés d'une disposition ainsi conçue :

« Les associations étrangères de la nature des tontines, et les compagnies d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, sont soumises aux dispositions de l'art. 88. Elles sont tenues de déposer à la Caisse des dépôts et consignations un cautionnement qui sera affecté par privilège au profit des assurés, à la garantie des opérations faites en France, et qui sera proportionné à l'importance des sommes encaissées par ces compagnies. Le règlement d'administration publique, prévu par l'art. 88, déterminera le taux et la nature du cautionnement, les conditions du retrait et le mode spécial de surveillance auquel ces sociétés seront soumises; il fixera le délai qui leur sera accordé, si elles fonctionnent actuellement en France, pour se conformer aux prescriptions de la présente loi. »

Ces projets, comme certains autres, ne peuvent avoir d'autres effets que d'isoler la France, en provoquant chez les nations étrangères, des mesures analogues de rétorsion dont les intérêts français seront les premiers victimes.

390. Le contrat d'assurance est valable, qu'il ait été contracté au profit d'un étranger ou par un étranger, soit en France, soit ailleurs, pourvu que les parties se soient conformées aux règles qui régissent les conditions de forme et de fond suivant la loi qui doit, à ces points de vue, régler le contrat lui-même.

La jurisprudence étrangère reconnaît aussi, en général, que le montant de l'assurance doit être attribué aux héritiers de l'assuré, quand celui-ci n'en a pas régulièrement disposé de son vivant. Les créanciers de ce dernier ne peuvent donc y prétendre. C'est ce qui a été jugé en Belgique (1), en Autriche (2), et même aux Etats-Unis, dans un Etat où la loi n'attribue pas à la femme ou aux enfants, par préférence aux créanciers du mari, un droit exclusif à l'assurance (3).

391. Par application de l'art. 14 du Code civil les compagnies étrangères sont justiciables des tribunaux français pour l'exécution des contrats d'assurances par elles conclus en France avec des Français, alors surtout, ajoutent fort inutilement les auteurs et les arrêts, qu'elles ont en France un siège et un établissement. Le traité des 17-21 mai 1862 passé avec l'Angleterre consacre également cette solution pour les compagnies anglaises (4).

Une police d'assurance sur la vie passée entre un étranger et une compagnie étrangère, cédée ensuite à un Français, donne à celui-ci le droit d'assigner la société devant les tribunaux français (5). Les décisions qui consacrent ce résultat n'en donnent pas la véritable raison juridique. En admettant, disent-elles en résumé, que la cession d'une créance faite en dehors du débiteur ne puisse avoir pour résultat d'attribuer compétence à une juridiction qui était incompétente entre les parties originairement contractantes, il n'en est pas de même lorsque la cession

(1) Bruxelles, 29 nov. 1879 et 19 avr. 1881, *Pas.*, 81, 3, 218.

(2) Cour suprême, 31 août 1875, *J. Dr. int. pr.*, 1879, p. 95.

(3) Cour suprême des Etats-Unis, 12 nov. 1888, *J. Dr. int. pr.*, 1890, p. 363.

(4) Paris, 3 fév. 1870, *J. des assur.*, 1870, p. 260.

(5) Trib. Seine, 10 janv. 1883, Paris, 23 nov. 1883, *J. Dr. int. pr.*, 1884, p. 281.

a figuré, ainsi que cela a lieu en matière d'assurance sur la vie, dans les prévisions formelles du contrat. La compagnie doit être alors considérée comme s'étant obligée directement envers le tiers qui se trouve dans la suite titulaire de la créance... Ce raisonnement est absolument inexact, il en résulterait que les exceptions opposables au cédant ne seraient pas opposables aux cessionnaires. Il ne s'agit pas d'ailleurs de formuler une solution qui serait spéciale aux cessions d'un contrat d'assurance. Dans tous les cas de cession à un Français d'une créance née entre étrangers, l'art. 14 attribue compétence aux tribunaux français. Nous avons développé en son lieu le motif de cette décision (Voy. t. X, nos 224, 225; et notre *Traité de la cession*, t. II, nos 409 et 410).

On a jugé, fort arbitrairement, que lorsque une assurance a été contractée à la fois avec une compagnie française et des compagnies étrangères par une police attribuant juridiction aux tribunaux de la nationalité des compagnies étrangères, l'assuré peut cependant assigner la compagnie française devant les tribunaux français, lorsque le débat existe seulement vis-à-vis de la compagnie française, les autres compagnies ayant satisfait à leurs engagements (1). C'est abuser du droit d'interprétation et introduire dans la police une distinction qui n'y est pas. Il s'agissait d'interpréter un contrat dans son économie générale, et il est facile de comprendre que les parties aient voulu, à cet égard, s'en rapporter à une juridiction unique, dans l'espèce la juridiction étrangère.

392. En l'absence de stipulations spéciales sur ce point, l'interprétation et l'exécution d'une police souscrite en France doivent être régies par la loi française (2). Ainsi

(1) Paris, 16 déc. 1878, *J. des assur.*, 1879, p. 117.
(2) Cass. 18 déc. 1872, *J. Dr. int. pr.*, 1880, p. 311.

en cas d'assurance contractée en France sur la tête d'un tiers par une compagnie anglaise, cette compagnie ne pourrait invoquer, pour se soustraire au paiement de l'indemnité, les dispositions de la loi anglaise qui prohibent l'assurance sur la tête d'un tiers (1).

N° 2. — Règles fiscales.

393. — Contrats aléatoires en général; jeu et pari.
394. — Marchés à terme.
395. — Rentes perpétuelles et viagères; base du droit à percevoir.
396. — Tarif applicable.
397. — Rentes créées sur plusieurs têtes.
398. — Rentes créées à titre de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice causé.
399. — Assurances sur la vie. Jurisprudence antérieure à 1875.
400. — L. du 25 juin 1875. Droit de mutation par décès exigible désormais sans distinction.
401. — Portée juridique de cette loi.
402. — Son champ d'application.
403. — Timbre.

393. La loi qui n'a pas tarifé tous les contrats commutatifs n'a pas tarifé davantage tous les contrats aléatoires.

Dans le jeu, le pari et les autres contrats aléatoires qui ne sont pas l'assurance, auxquels n'appartient pas une qualification propre, la chose ou la somme donnée par celui qui perd ou qui gagne est considérée comme une indemnité du risque qu'il a couru. Ainsi le droit exigible sur la reconnaissance d'une dette ayant sa source dans un jeu ou un pari licite, est le droit d'indemnité tarifé par l'art. 69, § 2, n° 8 de la loi du 22 frim. an VII, à 0 fr. 50 0/0. Ce ne peut être celui de 1 0/0 parce qu'il n'y a pas de prêt, quoiqu'il y ait obligation de somme, ni celui de 2 0/0, s'il s'agit d'une chose mobilière, puisqu'il n'est rien fourni en échange (2).

(1) Trib. Seine, 26 nov. 1864, Bonn. de Marsangy, 3, 107.
(2) Championnière et Rigaud, *Traité du Dr. d'enreg.*, t. II, n° 1389.

394. La loi du 28 mars 1885, qui a validé les marchés à terme, a eu pour effet, selon nous, de les assimiler aux marchés commerciaux, et par suite de les soumettre aux dispositions concernant ces sortes de transactions. Il faudra donc, croyons-nous, leur appliquer l'art. 22 de la loi de finances du 17 juin 1859, ainsi conçu :

« Les marchés et traités réputés actes de commerce par les art. 632, 633 et 634, n° 1er, du Code de commerce, faits ou passés sous signature privée, et donnant lieu au droit proportionnel suivant l'art. 69, § 3, n° 1, et § 5, n° 1, de la loi du 22 frim. an VII (1 et 2 0/0 suivant distinction) seront enregistrés provisoirement moyennant un droit fixe de 2 francs et les autres droits fixes auxquels leurs dispositions peuvent donner ouverture d'après les lois en vigueur. Les droits proportionnels édictés par ledit article seront perçus lorsqu'un jugement portant condamnation, liquidation ou reconnaissance interviendra sur ces marchés et traités ou qu'un acte public sera fait et rédigé en conséquence, mais seulement sur la partie du prix ou des sommes faisant l'objet de la condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance, soit des dispositions de l'acte public. »

Le jugement reconnaissant la validité d'engagements contractés relativement à une opération à double prime sur marchandises à différentes échéances, donne lieu au droit proportionnel sur le montant de la prime formant d'ores et déjà l'objet d'une obligation ferme et définitive à la charge du spéculateur vis-à-vis de son mandant (1).

395. Les règles fiscales concernant les rentes sont, à peu de chose près, les mêmes pour les rentes perpétuelles et les rentes viagères. Nous avons donc cru pouvoir les réunir.

D'après les art. 14 et 69 de la loi du 22 frimaire an VII, le droit proportionnel ci-après indiqué est liquidé comme suit :

(1) Trib. Marseille, 12 janv. 1886, D. 86, 5, 199.

Pour les créations de rente soit perpétuelles, soit viagères, ou de pensions à titre onéreux sur le capital constitué et aliéné;

Pour les rentes et pensions créées sans expression de capital, à raison d'un capital formé de vingt fois la rente perpétuelle, et de dix fois la rente viagère ou la pension, et quel que soit le prix stipulé pour le transport ou l'amortissement. Il n'est fait aucune distinction entre les rentes viagères et les pensions créées sur une tête, et celles qui sont créées sur plusieurs têtes quant à l'évaluation.

Les rentes et pensions en nature sont évaluées aux mêmes capitaux, estimation préalablement faite des objets d'après les dernières mercuriales du canton de la situation des lieux à la date de l'acte s'il s'agit d'une rente créée pour l'aliénation d'immeubles, ou, dans tout autre cas, d'après les dernières mercuriales du canton ou l'acte aura été passé.

Il sera rapporté à l'appui de l'acte un extrait certifié des mercuriales. S'il est question d'objets dont les prix ne puissent être réglés par les mercuriales, les parties en feront une déclaration estimative.

396. Les droits à percevoir ont été fixés à 2 0/0 pour les constitutions de rentes, perpétuelles ou viagères, à titre onéreux, ainsi que pour les cessions, transports et délégations qui en sont faits au même titre.

Le droit est de 0 fr. 50 0/0 pour les quittances, remboursements ou rachats.

Il s'agit, dans ce qui précède, de rentes constituées moyennant un capital formé en argent.

Si la rente était constituée pour prix d'un immeubls le droit applicable serait celui qui est dû pour les ventes immobilières.

Quand le capital consiste en objets mobiliers corporels fongibles ou non, il est sans intérêt de rechercher si c'est le droit de vente ou celui de constitution de rente qui est exi-

gible, puisque le tarif est le même dans les deux cas.

Si le capital est formé en créance, faudra-t-il percevoir le droit de cession de créance ou celui de constitution de rente? Il a été jugé que ce dernier droit est exigible (1).

Les constitutions de rente entre vifs à titre gratuit opèrent de véritables donations. Le législateur ne les ayant pas spécialement tarifées, elles sont passibles du droit édicté pour les donations ordinaires, lequel varie, comme nous le savons, selon le degré de parenté des parties, et suivant que la libéralité a lieu par contrat de mariage ou hors contrat de mariage.

La nullité de la constitution de rente ne saurait entraîner la restitution du droit perçu. Cette règle s'applique même au cas où une rente viagère serait déclarée nulle par le motif que la personne sur la tête de laquelle la rente était assise est décédée dans les vingt jours du contrat.

397. D'après l'art. 14, n° 9, de la loi de frimaire an VII, pour les rentes créées sur plusieurs têtes le droit se perçoit seulement sur le capital au denier 10, comme pour celles constituées sur une seule tête. Mais lorsque la rente est créée sur la tête de plusieurs personnes appelées à en jouir successivement, il s'opère au décès du premier crédi-rentier une nouvelle transmission donnant ouverture à un droit de mutation par décès (2).

S'il s'agissait de convertir en rente viagère l'usufruit attribué à l'époux survivant par la loi du 9 mars 1891, l'acte qui interviendrait dans ce but ou avant tout autre acte fixant sur l'usufruit le droit successoral de l'époux survivant, ne paraîtrait devoir être soumis qu'au droit fixe de 3 francs (3).

(1) Laon, 26 sept. 1850, *Dict. d'enreg.*, v° *Rente*, n° 60; Voy. cep. Bordeaux, 19 août 1874, *J. Enreg.*, n° 19853.

(2) Voy. Trib. Seine, 29 déc. 1876, D. 78, 5, 238; Comp. Sol. adm. enreg. 15 janv. 1880, D. 81, 3, 16; a consulter : *Etude* de M. LAMACHE, *Revue crit.*, 1889, p. 117.

(3) *J. du not.*, 1891, p. 529.

398. Les règles concernant les rentes ordinaires doivent recevoir leur application au cas spécial de rentes créées à titre d'indemnité pour réparation du préjudice causé par un accident. Ainsi la rente viagère créée dans ce but, moyennant renonciation par la victime à toute réclamation ultérieure donne lieu au droit proportionnel de 2 0/0 et non à celui d'indemnité ou de libération qui est de 0 fr. 50 0/0 (1).

399. En matière d'assurance sur la vie (2), il ne peut se présenter de difficultés lorsque l'assuré a stipulé exclusivement à son profit. Ce sont les règles ordinaires des conventions synallagmatiques qui sont applicables, et les effets du contrat limités entre l'assureur et l'assuré sont déterminés par les clauses de la police.

Il n'en est pas de même dans les cas plus fréquents ou le bénéfice de l'assurance est stipulé au profit d'un tiers. Jusqu'en 1875, la loi fiscale ne contenait pas de dispositions spéciales concernant les transmissions qui s'accomplissent dans le cas où le capital de l'assurance a été stipulé payable à un tiers. La régie réclamait le droit de mutation par décès en vertu de sa législation propre et des principes consacrés par la Cour de cassation, soit pour les rentes viagères reversibles à la mort du titulaire sur la tête d'un tiers, soit pour les sommes qu'un donataire a été chargé de payer, lors du décès du donateur, aux personnes désignées par ce dernier, pour le cas où ces personnes lui survivraient.

400. La loi du 21 juin 1875 a établi une règle générale, afin de faire disparaître les difficultés multiples que présentait la perception. Elle soumet au droit de mutation par décès « les sommes, rentes ou émoluments quelconques dus par l'assureur a raison du décès de l'assuré. Ses dispositions ne comportent plus de distinction entre le cas où le bénéficiaire de

(1) Trib. Montluçon, 31 août 1883, D. 84, 5, 230.
(2) A consulter : DELOYNES, *Revue crit.*, 1872, p. 34 et 220.

l'assurance a été nominativement désigné, et celui où il recueille le produit en vertu d'une donation à cause de mort. Il suffit pour l'exigibilité de l'impôt qu'il recueille à titre gratuit, et que le bénéfice de la convention lui soit payable après le décès de l'assuré.

Cette loi est applicable aux assurances contractées antérieurement à sa promulgation, d'après une jurisprudence qui n'a pas encore reçu la consécration de la Cour suprême, par le motif qu'en mettant à l'abri de toute controverse une perception souvent discutée, cette loi n'a fait que confirmer les principes posés par l'art. 33 de la loi du 21 avril 1832, qui assujettit à l'impôt de mutation par décès les libéralités à cause de mort (1). Mais la loi du 21 juin 1875 n'est pas une loi interprétative de la loi de 1832, devant avoir le même champ d'application que cette dernière (Voy. t. I, n° 94); tout ce qu'on peut dire, c'est que le législateur a envisagé comme matière imposable tous les contrats d'assurance en vigueur à la date de la promulgation de la loi.

401. La loi dont il s'agit n'est d'ailleurs, suivant une observation du rapporteur, qu'une loi d'impôt ne résolvant qu'une question fiscale, et tout-à-fait étrangère aux difficultés que présente l'application de la loi civile. On ne doit donc pas chercher à mettre d'accord les dispositions de la loi de 1875, avec les principes du droit commun. Ainsi, la Cour de cassation décide que le bénéfice de l'assurance contractée par le mari au profit de sa femme ne peut pas être réclamé par les créanciers du mari tombé en faillite; mais le droit de mutation par décès n'en est pas moins exigible au décès du mari sur l'avantage que la femme recueille (2).

Les assurances souscrites au profit d'un tiers désigné, quoique ne dépendant pas réellement de la succession, sont

(1) Trib. Lannion, 19 avr. 1887, *J. Enreg.*, n° 22933; Trib. Seine, 7 fév. 1879, *J. Enreg.*, n° 21314.

(2) Voy. *Pand. franç.*, v° *Assur. timbres et enregist.*, n° 688.

donc soumises à l'impôt. La loi de 1875 veut en effet, arbitrairement, que, pour la perception de l'impôt, les assurances en général soient considérées comme faisant partie de la succession. Si l'assurance avait été contractée par un étranger avec une compagnie, et que le capital assuré fût payable en France, le droit de succession serait dû au décès sur l'indemnité à payer (1).

Quant aux assurances contractées au profit de personnes incertaines, elles font évidemment partie de la succession, puisque cela était déjà reconnu antérieurement.

402. Mais la loi du 21 juin 1875 n'est applicable que lorsque le contractant fait reposer l'assurance sur sa propre tête, quand il est lui-même assuré. Elle est étrangère à l'assurance contractée sur la tête d'un tiers dont le rôle est purement passif et qui ne touche rien au décès de l'assuré. La loi dit, sans doute, que l'impôt est exigible sur les sommes *dues par l'assureur à raison du décès de l'assuré*, mais en s'exprimant ainsi la loi a simplement prévu le cas le plus fréquent, celui où le contractant est l'assuré.

La loi du 21 juin 1875 s'applique exclusivement au cas où le décès de l'assuré rend exigibles les sommes ou valeurs promises par l'assureur; elle ne vise que les assurances en cas de décès et non les assurances en cas de vie. Par conséquent, le bénéficiaire d'une assurance différée, c'est-à-dire payable à jour fixe à ce bénéficiaire s'il est encore vivant au jour de l'échéance, ne doit pas le droit de mutation par décès sur la somme qu'il touche de la compagnie au terme convenu, alors même que le stipulant serait décédé. C'est en vertu d'une libéralité entre vifs que le bénéficiaire reçoit cet avantage, et le droit proportionnel ne pourrait être perçu que si la police contenant cette libérailté était présentée

(1) Sol. de l'admin. enreg., 23 juill. 1883, *J. de Dr. int. pr.*, 1884, p. 276.

volontairement à la formalité ou s'il en était fait usage (1) L'enregistrement des polices n'est pas, en effet, obligatoire.

403. Nous devons mentionner, enfin, la loi du 5 juin 1850, art. 37, qui soumet au timbre les polices d'assurances sur la vie, et la loi du 29 décembre 1884 relative au timbre d'abonnement obligatoire des mêmes polices.

(1) Sol. Régie, 19 fév. 1883, J. N., n° 23048.

APPENDICE.

Lois nouvelles promulguées au cours de l'impression du volume et relatives aux matières déjà traitées.

404. — Femmes; capacité d'être témoins.
405. — Modification de certains articles du Code intéressant l'état des personnes.
406. — Algérie. Taux de l'intérêt.
407. — Domaine congéable. Date de la promulgation de la loi nouvelle.

404. *Femmes. Capacité d'être témoins.*

Nous disions, dans notre premier volume, qu'il n'y avait pas de motifs sérieux pour maintenir dans le Code l'exclusion prononcée contre les femmes en ce qui touche la possibilité de servir de témoins dans les actes publics (Voy. t. Ier, nº 316).

Une loi du 7 décembre 1897 (*J. off.* du 9 décembre) a été votée dans le but d'accorder aux femmes le droit d'être témoins dans les actes de l'état civil et les actes instrumentaires en général.

Cette loi est ainsi conçue :

« ART. UNIQUE. — Les art. 37, 980 du Code civil, les art. 9 et 11 de la loi du 25 ventôse an XI, sont modifiés ainsi qu'il suit :

CODE CIVIL.

« *Art. 37.* — Les témoins produits aux actes de l'état civil devront être âgés de vingt et un ans au moins, parents ou autres, sans distinction de sexe; ils seront choisis par les personnes intéressées. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même acte.

« *Art. 980.* — Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être majeurs, Français, sans distinction de sexe. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même testament. »

LOI DU 25 VENTOSE AN XI

« *Art. 9.* — Les actes seront reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, de l'un ou de l'autre sexe, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même acte.

« *Art. 11.* — Le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires ou leur être attestés dans l'acte par deux personnes connues d'eux ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires. »

A un autre point de vue, la capacité des femmes a reçu une extension notable par l'effet de la loi du 23 janvier 1898 qui leur confère l'électorat pour l'élection aux tribunaux de commerce (*J. off.*, 25 janvier 1898).

405. *Actes intéressant l'état civil des personnes. Mesures de publicité.*

Quelques autres textes du Code civil ont été modifiés dans le but d'assurer à ces actes une certaine publicité et pour faciliter les recherches de ceux qui on intérêt à les connaître.

Une loi du 17 août 1897 votée dans ce but est ainsi conçue :

« ART. 1er. L'art. 49 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit : — « Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un acte déjà inscrit, elle sera faite d'office. — L'officier de l'état civil qui aura dressé ou transcrit l'acte donnant lieu à mention effectuera cette mention, dans les trois jours, sur les registres qu'il détient. — Dans le même délai, il adressera un avis au procureur de la République de son arrondissement, et celui-ci veillera à ce que la mention soit faite, d'une façon uniforme,

sur les registres existant dans les archives des communes ou des greffes, ou dans tous autres dépôts publics. »

« ART. 2. L'art. 76 du Code civil est complété comme suit : — « Il sera fait mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux. »

« ART. 3. L'art. 331 du Code civil est complété comme suit : — « Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé. »

« ART. 4. L'art. 45 du Code civil est ainsi complété : — « Ils porteront en toutes lettres la date de leur délivrance. »

« ART. 5. Le § 1er de l'art. 70 du Code civil est modifié comme suit : — « L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Cet acte ne devra pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, s'il a été délivré en France, et depuis plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat. »

406. *Algérie. Taux de l'intérêt. Usure.*

Nous avons mentionné ci-dessus (nos 186, 190) le disparate juridique créé en matière de fixation du taux de l'intérêt, par la différence maintenue entre la législation qui régit l'Algérie et celle qui régit la métropole, et surtout par la différence faite entre ce qu'on appelle les matières civiles et les matières commerciales.

Ces différences sont nettement accusées par un nouveau document législatif. En effet, un décret, en date du 29 janvier 1898 a réglé ainsi qu'il suit le taux de l'intérêt en Algérie :

« Sur le rapport du ministre de l'intérieur,

« Vu la loi du 24 avril 1833;

« Vu l'ordonnance du 7 décembre 1835 sur l'intérêt légal et conventionnel en Algérie, ensemble la loi du 27 août 1881 qui fixe le taux de l'intérêt légal en Algérie :

« Vu les propositions du gouverneur général et l'avis du conseil consultatif du gouvernement de l'Algérie;

« Vu l'avis du garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes, l'avis du ministre des finances et l'avis du ministre du commerce, le Conseil d'Etat entendu décrète :

« Art. 1er. En Algérie, l'intérêt conventionnel est libre en matière de commerce, sous la condition pour les parties de se conformer aux dispositions légales sur les conventions et le prêt à intérêt.

« L'intérêt conventionnel ne peut excéder, en matière civile, 10 0/0. Toute convention ou pratique contraire constitue une usure.

« Art. 2. Lorsque, dans une instance civile, il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux supérieur à celui fixé par le présent décret, les perceptions excessives seront imputées de plein droit aux époques où elles auront eu lieu sur les intérêts légaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance.

« Si la créance est éteinte en capital et intérêts le prêteur sera condamné à la restitution des sommes indûment perçues avec intérêt du jour où elles lui auront été payées.

« Tout jugement civil constatant un fait de cette nature sera transmis par le greffier au ministère public, dans le délai d'un mois, sous peine d'une amende qui ne pourra être moindre de 16 francs ni excéder 100 francs.

« Art. 3. Le délit d'habitude d'usure sera puni d'une amende qui pourra s'élever à la moitié des capitaux prêtés à usure et d'un emprisonnement de six jours à six mois.

« Art. 4. En cas de nouveau délit d'usure, le coupable sera condamné au maximum des peines prononcées par l'article précédent, et elles pourront être élevées jusqu'au double, sans préjudice des cas généraux de récidive prévus par les art. 57 et 58 du Code pénal. Après une première condamnation pour habitude d'usure, le nouveau délit résultera d'un fait postérieur, même unique, s'il s'est accompli dans les cinq ans à partir du jugement ou de l'arrêt de condamnation.

« Art. 5. S'il y a eu escroquerie de la part du prêteur, il sera passible des peines prononcées par l'art. 405 du Code pénal, sauf l'amende qui demeurera réglée par l'art. 3 du présent décret.

« Art. 6. Dans tous les cas, et suivant la gravité des circonstances, les tribunaux pourront ordonner aux frais du délinquant l'affichage du jugement et son insertion par extrait dans un ou plusieurs journaux du département.

« Art. 7. Ils pourront également appliquer dans tous les cas l'art. 463 du Code pénal.

« Art. 8. L'amende prévue par le dernier paragraphe de l'art. 2 sera prononcée à la requête du ministère public par le tribunal civil.

« Art. 9. L'ordonnance susvisée du 7 décembre 1835 est abrogée.

« Art. 10. Le ministre de l'intérieur est chargé de l'exécution du présent décret. »

407. *Domaine congéable.* — Enfin, nous devons faire remarquer que la loi sur le domaine congéable, votée le 23 novembre 1896 et que nous avons dû expliquer avant sa promulgation a été promulguée à la date du 8 février 1897 (Voy. t. X, p. 357 et la note 3).

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME ONZIÈME.

LIVRE TROISIÈME *(suite)*.

TITRE NEUVIÈME.

Du contrat de société.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

N° 1. — *But final de toute société.*

	Pages.
1. — Réunion; association; personnalité civile.	6
2. — Des sociétés; Les sociétés seules peuvent obtenir la personnalité civile.	8
3. — Définition, art. 1832; Les parties doivent se proposer comme but final, un bénéfice à partager.	9
4. — Associations créées en vue d'un intérêt général; Décisions de la jurisprudence.	11
5. — Du partage envisagé des bénéfices avec contribution aux pertes.	12
6. — Les parties doivent avoir l'intention de se mettre en société.	14
7. — Différences entre l'état de communauté et l'état de société. .	14
8. — Suite.	15
9. — Les parties doivent avoir l'intention de s'obliger. Leur consentement est soumis aux règles ordinaires. Des promesses de former une société.	16
10. — Capacité requise pour former une société.	17
11. — La société doit avoir un but licite, art. 1833. Distinction méconnue par la jurisprudence, entre les prohibitions tenant à l'objet, et les prohibitions concernant les personnes. . .	19
12. — Application à la contrebande, au jeu, etc.;	21
13. — Aux emplois du gouvernement;	22
14. — Aux offices et à certaines professions.	22
15. — La jurisprudence admet la même nullité dans tous les cas. Conséquences quant au partage des bénéfices déjà réalisés : controverse.	24
16. — Suite.	25
17. — Conclusion : Il faut appliquer la distinction ci-dessus proposée. Langage défectueux de la jurisprudence.	26

Pages.

18. — Il faut appliquer la même distinction à la restitution des apports versés dans une société déclarée nulle pour contravention à l'art. 1833. 27
19. — Autres conséquences de la même distinction quant aux actions en déclaration d'inexistence ou en nullité. 29

N° 2. — *Des apports faits à une société ayant ou n'ayant pas la personnalité civile.*

20. — En quoi peut constituer un apport. 30
21. — Le crédit seul peut-il constituer un apport sérieux? Controverse; Adoption de la négative. 31
22. — Effets de l'apport suivant qu'il est fait dans une société ayant ou n'ayant pas la personnalité civile. 33
23. — Quelles sociétés jouissent de la personnalité civile. . . . 33
24. — Les sociétés civiles ordinaires ont-elles, d'après le Code, une personnalité civile? Solution affirmative admise, sans motifs suffisants, par la jurisprudence. 34
25. — Des sociétés civiles ayant revêtu la forme de la société anonyme ou de la société en commandite par actions. L. 1er août 1893. 36
26. — Différences existant entre les sociétés à personnalité civile et les sociétés dénuées de cette personnalité; d'abord au point de vue de la représentation en justice; 37
27. — Ensuite au point de vue de l'action des créanciers, ... 37
28. — Et de l'application des principes sur la compensation; . . . 38
29. — Enfin quant au sort des apports. En échange de la valeur qu'il apporte chaque associé reçoit un *intérêt* ou une action. . 39
30. — Ce que devient l'intérêt ou l'action quand la société est dissoute. 41
31. — Les sociétés à personnalité civile ne peuvent recevoir des libéralités. 41

N° 3. — *Formes et preuve du contrat de société.*

32. — Application du droit commun quant à la preuve du contrat de société, art. 1834. 42
33. — Quand un écrit est-il nécessaire, et quand la preuve testimoniale est-elle admissible? 44
34. — La règle de l'art. 1834 ne concerne pas les tiers. 46
35. — Elle est d'ailleurs générale et ne reçoit d'exception que pour les sociétés de commerce en participation. 47
36. — Règles spéciales aux sociétés de commerce ayant la personnalité civile. 48
37. — Ces règles sont applicables aux sociétés civiles à forme commerciale. 48
38. — Les sociétés civiles constituées dans la forme commerciale sont commercialisées depuis la loi du 1er août 1893. 50
39. — Possibilité de transformer les sociétés civiles antérieurement créées. 51
40. — Jusqu'à quelle époque cette transformation peut avoir lieu. . 52

Pages.

41. — Formes à observer. 52
42. — Sanction. 54

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉ.

43. — La loi reconnaît des sociétés universelles et des sociétés particulières, art. 1835. 56

SECTION PREMIÈRE. — *Des sociétés universelles.*

44. — Textes concernant les sociétés universelles, art. 1836 à 1840. 56

SECTION II. — *De la société particulière.*

45. — Description des sociétés particulières, art. 1841, 1842, soit civiles, soit commerciales. 57
46. — Comment se détermine le caractère civil ou commercial d'une société. Il faut en principe, sauf application de la loi du 1er août 1893, considérer la nature des opérations de la société, et non la forme, spécialement pour la commandite par intérêts. 58
47. — Des diverses espèces de société à forme commerciale. . . . 59
48. — Distinction entre l'*intérêt* et l'*action;* position de la question. Confusion faite par les auteurs et la jurisprudence. . . . 60
49. — Le principe de solution se trouve dans la règle que les droits mélangés d'obligation ne peuvent être cédés en bloc. . . 63
50. — Application de la règles aux diverses espèces de société. . . 64
51. — Suite. 65
52. — Suite. 66
53. — Application aux sociétés civiles.. 67

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS.

SECTION. PREMIÈRE. — *Des engagements des associés entre eux.*

N° 1. — *Engagements dérivant des promesses d'apport.*

54. — Quand commence la société civile ordinaire, art. 1843, ou ayant revêtu la forme soit de la société anonyme, soit de la commandite par actions. 68
55. — Durée conventionnelle de la société, art. 1844. 70
56. — Obligation de l'associé quant aux apports qu'il a promis, art. 1845; modes de réalisation. 70
57. — Quand il y a lieu à remise d'actions. 72
58. — Diverses espèces d'actions. 73
59. — Leur indivisibilité.. 75

Pages.

60. — Actions de prime. 76
61. — Parts de fondateurs. 76
62. — Sont-elles des actions? 77
63. — Vérification des apports en nature dans les sociétés par actions. 79
64. — Garantie dont l'apporteur est tenu. 80
65. — Versements en numéraire dans les sociétés par actions. Obligations des souscripteurs originaires et des acquéreurs ultérieurs. 81
66. — De l'action en versement. Exécution en bourse. 83
67. — Versements en numéraire dans les sociétés civiles ordinaires, art. 1846. Point de départ des intérêts. 84
68. — Obligation de celui qui a promis d'apporter son industrie. . 85

N° 2. — *Engagements dérivant d'un encaissement ou d'avances faites.*

69. — De l'associé personnellement créancier d'un tiers qui est, en même temps, débiteur de la société, art. 1848, 1849. . . 87
70. — Imputation proportionnelle imposée par l'art. 1848. 89
71. — Rapport à la masse prescrit par l'art. 1849. 90
72. — Responsabilité de l'associé gérant, art. 1850. 91
73. — Risques des choses apportées en société, art. 1851. 92
74. — Remboursements dus à un associé par une société civile ordinaire, art. 1852. 93
75. — Insolvabilité de l'un des associés. 95
76. — Immixtion dans la gérance en cas de société civile ayant revêtu la forme de la commandite ou de l'anonymat. . . 96

N° 3. — *Participation des associés aux bénéfices et aux pertes.*

77. — Règle générale sur la répartition des bénéfices et des pertes, art. 1853. 97
78. — Présomption concernant l'apport en industrie. 99
79. — Des sommes versées en compte courant. 100
80. — Du règlement conventionnel des parts, art. 1854. 101
81. — Prohibition des clauses dites *léonines*, art. 1855; d'abord quant au partage des bénéfices; 103
82. — Ensuite quant à la contribution aux pertes. 104
83. — Suite. Condition des associés quant à l'obligation et quant à la contribution aux dettes. 105
84. — La jurisprudence admet facilement la possibilité d'une contribution aux pertes; apports en jouissance. 107
85. — Assurance contre les chances de perte. 108
86. — Caractère de la nullité encourue. 109

N° 4. — *Administration d'une société.*

87. — Diverses espèces de gérants, associés ou non, statutaires ou non dans les sociétés civiles ordinaires, art. 1856. . . . 111
88. — Révocation et démission du gérant. 112
89. — Suite. 113
90. — Pouvoirs du gérant. 114

Pages.

91. — Cas où le pouvoir d'administrer est donné à plusieurs associés, art. 1857, 1858; ce dernier article est-il applicable dans les cas d'urgence?. 116
92. — Cas où le pacte social ne règle pas le mode d'administration, art. 1859. 117
93. — Droit d'opposition appartenant aux associés. 119
94. — Des actes dépassant les limites ordinaires de l'administration. 121
95. — Du pouvoir d'aliéner, art. 1860. Significatian de ce texte. . . 122
96. — Possibilité pour chaque associé de s'associer un croupier, art. 1861. Ce texte était inutile à tous les points de vue; condition du croupier. 123
97. — Règles pour l'administration des sociétés civiles constituées par actions; d'abord dans la commandite, ... 126
98. — Ensuite dans la forme anonyme. 126

SECTION II. — *Des engagements des associés à l'égard des tiers.*

99. — Des créanciers personnels des associés et des créanciers sociaux. 128
100. — Dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas tenus solidairement, art. 1862. Pourquoi?. 130
101. — Comment sont-ils tenus? art. 1863. *Quid* des gérants ou mandataires? 131
102. — De l'associé ayant traité, sans pouvoirs, au nom de la société, art. 1864. Droit des créanciers. 133
103. — Suite. Une compensation pourrait-elle éventuellement se produire? 135
104. — Droits des créanciers dans les sociétés constituées par actions. De l'action sociale et de l'action individuelle appartenant aux créanciers et aux actionnaires. 136

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

N° 1. — *Terme; perte de la chose, mort de l'un des associés.*

105. — Enumération des causes de dissolution, art. 1865. 140
106. — Suite. 142
107. — Du terme assigné à la société. Dissolution anticipée. . . . 142
108. — *Quid*, en cas de société par actions? 143
109-110. — Prorogation de la société; preuve, art. 1866. 145
111. — Perte de la chose qui a été promise, art. 1867. 146
112. — Suite; condition de celui qui avait promis la chose ayant péri. 148
113. — Suite. 149
114. — Perte partielle. 150
115. — Consommation de la négociation. 150
116. — Mort de l'un des associés. 151
117. — Clauses permettant, en ce cas, la continuation de la société, art. 1868. Une clause expresse est nécessaire. 152
118. — Ce que comprend l'expression *héritiers* d'un associé. Des héritiers bénéficiaires, des mineurs. 155

Pages.

119. — Du partage quand la société ne doit continuer qu'entre les associés survivants. 157

N° 2 *(Suite)*. — *Absence, interdiction, faillite, déconfiture. Volonté d'un seul des associés. Justes motifs de dissolution.*

120. — Absence ou disparition des associés. 159
121. — Interdiction d'un associé. 159
122. — Dation d'un conseil judiciaire. 160
123. — Déconfiture, faillite, liquidation judiciaire. 161
124. — Précisions à faire quant aux sociétés qui ont pris la forme commerciale. 162
125. — Dissolution par la volonté d'un seul dans les sociétés à durée illimitée, art. 1869, 1870. 164
126. — Renonciation à l'exercice de cette faculté. 165
127. — Conditions de l'exercice de cette faculté. 167
128. — Dissolution anticipée pour justes motifs, art. 1871; comparaison avec la condition résolutoire. 168
129. — Exemples de justes motifs de dissolution. 170
130. — Application aux sociétés par actions. 171

N° 3. — *Liquidation et partage des sociétés.*

131. — Renvoi aux règles concernant les partages des successions, art. 1872. 174
132. — Du liquidateur; distinction à faire entre les sociétés ayant la personnalité civile et celles qui ne l'ont pas. A qui appartient la nomination du liquidateur. 174
133. — But final de la liquidation. 176
134. — L'art. 820 est en principe applicable, ainsi que les art. 829 et 830. 177
135. — Partage en nature; application des art. 882 et 886. 178
136. — Les art. 841 et 792 ne s'appliquent pas. 179
137. — Effet déclaratif du partage. 180

Disposition relative aux sociétés de commerce.

138 — Déclaration de l'art. 1873. 181

APPENDICE AU TITRE NEUVIÈME.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

139. — De la prétendue nationalité des sociétés. 181
140. — De la loi applicable au contrat de société. 182
141. — A défaut de déclaration valable contraire, la loi en vigueur au siège social doit être suivie. 183
142. — Application à des cas particuliers, notamment à la propriété de navires possédés par une société. 185

Pages.

143. — Suite. 186
144. — Condition en France des sociétés étrangères. 188
145. — Suite. 189
145 *bis*. — Caractère civil ou commercial des sociétés étrangères. . 190

N° 2 — *Règles fiscales.*

146. — Actes de formation de sociétés; valeur des apports; tarif applicable. 191
147. — De la clause autorisée par l'art. 1866. 192
148. — Acte de dissolution. Droit fixe. 193
149. — Autres cas dans lesquels il est dû un droit fixe. 193
150. — Timbre. 193
151. — Droit de transmission. 194
152. — Impôt sur le revenu. 195

TITRE DIXIÈME.

Du prêt.

Division générale.

153. — Distinctions admises en matière de prêt, art. 1874. . . . 199

CHAPITRE PREMIER.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

SECTION PREMIÈRE. — *De la nature du prêt à usage.*

154. — Définition, art. 1875, 1876. 201
155. — Le prêteur reste propriétaire, art. 1877; qui peut prêter à usage et quelles choses on peut prêter, art. 1878. 202
156. — Le commodat est un contrat réel, unilatéral, soumis à la loi de la transmissibilité, art. 1879. 204

SECTION II. — *Des engagements de l'emprunteur.*

157. — Usage de la chose par l'emprunteur, art. 1880; abus de confiance. 205
158. — Suite; usage abusif; art. 1881. 208
159. — Mise en demeure, dommages, résolution du contrat. . . . 209
160. — Cas fortuits : ce que doit faire l'emprunteur, art. 1882. . . 210
161. — Cas fortuits, suite; estimation de la chose prêtée, art. 1883. 212
162. — Détérioration par l'usage, art. 1884. 213
163. — La chose prêtée n'entre pas en compensation, art. 1885; dépenses faites à son occasion, art. 1886; solidarité, art. 1887. . . 214

Pages.

SECTION III. — *Des engagements de celui qui prête à usage.*

164. — Quand le prêteur peut réclamer sa chose, art. 1888 et 1889. . 215
165. — Remboursements à la charge du prêteur, art. 1890, 1891. . . 217

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

SECTION PREMIÈRE. — *De la nature du prêt de consommation.*

166. — Définition; choses pouvant faire l'objet d'un prêt de consommation, art. 1892 à 1894. 219
167. — Gratuité de ce contrat; ses caractères. 220
168. — Ses effets. Des promesses de prêter et d'emprunter. 221
169. — Du prêt de la chose d'autrui. 223
170. — Règles de capacité. 224
171. — Etendue des obligations de l'emprunteur, art. 1895 à 1897. . 225

SECTION II. — *Des obligations du prêteur.*

172. — Responsabilité du prêteur, art. 1898; distinctions à faire suivant qu'un terme a été fixé pour la restitution, art. 1899, ou qu'il n'en a pas été fixé, art. 1900 et 1901. 226
173. — Clause laissant au débiteur la faculté de fixer l'époque du paiement; transmissibilité de cette faculté. 228

SECTION III. — *Des engagements de l'emprunteur.*

174. — Ce que doit rendre l'emprunteur, art. 1902 et 1903; les intérêts sont dus à partir de la demande, art. 1904. 230
175. — L'art. 1903 ne vise pas une véritable impossibilité. 231
176. — *Quid* dans les cas de véritable impossibilité? 232
177. — Des intérêts moratoires accordés par l'art. 1904. 233
178. — Cas où la chose prêtée était sujette à des variations de valeur. 234
179. — Où doit se faire la restitution? 236

CHAPITRE III.

DU PRÊT A INTÉRÊT.

SECTION PREMIÈRE. — *Des stipulations d'intérêt. Aperçu sommaire sur les prohibitions et restrictions édictées en cette matière.*

180. — Liberté de stipuler des intérêts pour simple prêt, art. 1905; nécessité d'une convention spéciale; ouverture de crédit; prêt conditionnel. 236
181. — Du paiement d'intérêts non stipulés, art. 1906. 238
182. — Anciennes prohibitions concernant l'intérêt de l'argent . . . 240
183. — Taux de l'intérêt, art. 1907; limitation résultant de la loi du 3 sept. 1807. 241
184. — Toute limitation est injustifiable au point de vue juridique. . 241

Pages.

185. — Motifs de la loi du 3 sept. 1807 243
186. — Atteintes successives portées au principe de cette loi; son abrogation partielle par la loi du 12 janv. 1886. 244
187. — Pourquoi la loi de 1886 n'a admis la liberté du taux de l'intérêt qu'en matière de commerce 245
188. — Suite. L. du 5 nov. 1894 sur les sociétés de crédit agricole. 246
189. — De la liberté de l'intérêt dans certains pays étrangers; elle est compatible avec une efficace répression en cas d'intérêts trop élevés exigés d'un débiteur dans des conditions déterminées. 247
190. — Du taux légal actuel. Raisons insuffisantes de la différence maintenue entte les matières civiles et les matières commerciales 248
191. — Dans quel cas un prêt est commercial et non civil? . . . 250
192. — Suite 251

SECTION II. — *Du taux actuel des intérêts en matière civile.*

193. — Champ d'application de la loi de 1807 253
194. — *Quid*, en matière de vente à crédit? 254
195. — Opérations ayant pour but de dissimuler un prêt usuraire. . 257
196. — A partir de quand les intérêts conventionnels peuvent être dus. 258
197. — Modifications apportées à la loi de 1807 par la loi du 19 décembre 1850 et celle du 12 janv. 1886. 258
198. — Nécessité d'un écrit pour la fixation de l'intérêt conventionnel. 260
199. — Preuve du paiement des intérêts, art. 1908 261
200. — Droit pour le créancier de demander le remboursement du capital en cas de non-paiement des intérêts 263

SECTION III. — *De la constitution de rente.*

201. — De la clause interdisant de réclamer le capital, art. 1909, l'opération constitue un prêt et non une vente 264
202. — Différence entre la vente et la constitution de rente 265
203. — Règle concernant les arrérages 267
204. — Durée de la rente, art. 1910; constituée en perpétuel elle est toujours rachetable, sauf convention contraire ne pouvant produire effet que durant dix ans. Anomalie de cette disposition. 267
205. — Règles concernant le remboursement du capital. 269
206. — Cas où le remboursement du capital peut être exigé, art. 1912, 1913 270
207. — Du non-paiement des arrérages pendant deux années. . . . 273
208. — *Quid* en cas de constitution de rente à titre gratuit? . . . 275
209. — *Quid* des rentes foncières? 276
210. — Divisibilité de l'obligation du débi-rentier. 276
211. — Cas où le débiteur ne fournit pas les sûretés promises ou diminue ces sûretés 277
212. — Renvoi pour les rentes viagères, art. 1914 278

APPENDICE AU TITRE DIXIÈME.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

Pages.

213. — Règle générale; intention des parties à rechercher pour savoir quelle loi doit être appliquée 279
214. — Cas où la convention n'indique pas le taux de l'intérêt stipulé. 279
215. — *Quid*, si le prêt doit être réalisé dans un lieu autre que celui où la convention a été faite? 280
216. — Caractère, au point de vue international, des lois limitant le taux de l'intérêt 280
217. — Intérêts moratoires 281
218. — Intérêts compensatoires. 283

N° 2. — *Règles fiscales.*

219. — Le tarif applicable est celui concernant les obligations de sommes. 283
220. — Promesses de prêt; ouvertures de crédit, L. 23 août 1871, art. 5 284
221. — Contrats conditionnels de prêt, spécialement dans le cas de prêt effectué par la Société du Crédit foncier. 285
222. — Promesse pure et simple de prêter et d'emprunter. 286
223. — L. 8 sept. 1830, concernant les prêts faits sur dépôts ou marchandises 287
224. — Ouverture ou réalisation de crédit ayant eu lieu en pays étranger. 287
225. — Les règles ci-dessus ne concernent pas le commodat. 287

TITRE ONZIÈME.

Du dépôt et du séquestre.

CHAPITRE PREMIER.

DU DÉPOT EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES ESPÈCES.

226. — Définitions, art. 1915, 1916. 289

CHAPITRE II.

DU DÉPOT PROPREMENT DIT.

SECTION PREMIÈRE. — *De la nature et de l'essence du contrat de dépôt.*

227. — Gratuité du dépôt, art. 1917; son objet, art. 1918; comment il se forme, art. 1919. Cas de deux contrats successifs . . 291
228. — Il s'agit dans le dépôt du cas où le contrat a pour objet principal la garde gratuite d'une chose mobilière. 292

Pages.

229. — *Quid* si la chose était consomptible par le premier usage? . 293
230. — Remise d'objets dans le but d'assurer l'exécution d'une autre convention 294
231. — Deux espèces de dépôt, art. 1920. 295

SECTION II. — *Du dépôt volontaire.*

232. — Du consentement, art. 1921, lequel doit en principe émaner du propriétaire, art. 1922. 296
233. — Questions de preuve, art. 1923 297
234. — Suite; déclaration du dépositaire; quand il y a lieu de s'y référer, art. 1924. 299
235. — Suite; preuve du dépôt devant la juridiction répressive . . . 300
236. — Règles de capacité, art. 1925 et 1926 301

SECTION III. — *Des obligations du dépositaire.*

237. — Le dépositaire est tenu de sa faute légère *in concreto*, art. 1927. 303
238. — Cas dans lesquels il est tenu de la même faute *in abstracto*, art. 1928. 305
239. — Accidents de force majeure, art. 1929 307
240. — Le dépositaire ne peut user de la chose déposée, art. 1930 . . 308
241. — Secret du dépôt; quand il doit être respecté, art. 1931; comment doit se faire la restitution, art. 1932 à 1934. . . . 310
242. — Cas où l'héritier du dépositaire a disposé de la chose, art. 1935. 311
243. — Restitution des fruits, art. 1936. 314
244. — A qui le dépôt doit être restitué, art. 1937. 314
245. — Suite; *Quid* si le déposant a désigné un tiers pour recevoir la chose après sa mort? 315
246. — Cas où il a été déposé une chose volée, art. 1938 318
247. — Restitution à l'héritier ou aux héritiers du déposant, art. 1939; décès du dépositaire. 320
248. — Changement d'état du déposant, art. 1940, ou du dépositaire, art. 1941. 321
249. — Lieu où doit être effectuée la restitution, art. 1942, 1943. . . 322
250. — Epoque de la restitution, art. 1944; violation du dépôt, art. 1945; cas où le dépositaire était propriétaire, art. 1946. 322

SECTION IV. — *Des obligations de la personne par laquelle le dépôt a été fait.*

251. — Dépenses nécessaires que doit rembourser le déposant, art. 1947. *Quid* des autres dépenses? 324
252. — Droit de rétention du dépositaire, art. 1948. 326

SECTION V. — *Du dépôt nécessaire.*

§ 1. — **Dépôt nécessaire en cas d'accident.**

253. — Définition, art. 1949. 327
254. — Preuve du dépôt nécessaire, art. 1950, 1951. 328

Pages.

§ 2. — **Du dépôt d'hôtellerie.**

255. — Responsabilité des hôteliers et aubergistes, art. 1952. . . . 329
256. — Extension que doit recevoir l'application du texte envisagé. . 330
257. — Des hôtels garnis et établissements de bains. 331
258. — Des théâtres, cafés, tables d'hôte, bateaux-lavoirs. Locations de jouissance 332
259. — Possibilité de juger en fait les difficultés ci-dessus indiquées. 333
260. — Comment et à quel moment se forme le dépôt dont il s'agit. Omnibus des hôtels. 334
261. — Responsabilité des hôteliers, spécialement en cas de vol, art. 1953. 336
262. — Etendue de la responsabilité des hôteliers. 337
263. — Limitation résultant de la loi du 18 avril 1889; portée de cette loi 338
264. — Suite; la responsabilité contractuelle de l'hôtelier ne laisse pas de place pour l'application des art. 1382 à 1384. . . 339
265. — Limitation conventionnelle de la responsabilité de l'hôtelier; quand a-t-elle lieu ? 341
266. — Vols à main armée et autres, art. 1954 . . . . . .
266 *bis*. — Loi du 31 mars 1896 sur les effets abandonnés dans une hôtellerie. 342

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE.

SECTION PREMIÈRE. — *Des diverses espèces de séquestre.*

267. — Notion du séquestre; division, art. 1955. 346

SECTION II. — *Du séquestre conventionnel.*

268. — Définition, art 1956; gratuité, art. 1957, 1958; objet, art. 1959; décharge, art. 1960 346
269. — Actions appartenant au séquestre rémunéré. 348

SECTION III. — *Du séquestre ou dépôt judiciaire.*

270. — Le séquestre judiciaire est-il autre chose que le dépôt judiciaire ? 349
271. — Quand il y a lieu à séquestre judiciaire, art. 1961; caractère limitatif de cet article et des textes spéciaux qui le complètent 350
272. — Suite. *Quid* en cas de non-présence d'une personne; d'instance en divorce ou en séparation de corps ? 351
273. — Suite. *Quid* en cas de déconfiture d'un débiteur présent ? . 352
274. — Suite. Du séquestre sur le patrimoine entier d'un individu vivant ou mort 354
275. — Le séquestre ne peut être demandé par un simple créancier. 355
276. — Litiges à propos d'une succession 356
277. — D'où peut résulter le caractère litigieux d'une chose. . . . 356

Pages.

278. — Par qui doit être désigné le séquestre judiciaire; qui peut être appelé à remplir cette mission, art. 1963? 357
279. — Droits et obligations de la personne chargée du séquestre. . 358
280. — Du gardien d'objets saisis. 360

APPENDICE AU TITRE ONZIÈME.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

281. — Loi à appliquer. Intention des parties. 363
282. — De la preuve en cas de dépôt nécessaire. 364
283. — Responsabilité des hôteliers et aubergistes 364
284. — Du séquestre ou dépôt judiciaire. 364

N° 2. — *Règles fiscales.*

285. — Distinction entre les dépôts effectués chez les officiers publics et les dépôts faits chez les particuliers. 365
286. — Sens du mot *dépôt* en droit fiscal 366
287. — Condition des notaires à ce point de vue; Décret du 30 juin 1890 366
288. — Dépôt de sommes chez les particuliers. 367
289. — Dépôt d'autres objets mobiliers chez les particuliers 368
290. — Du timbre 368
291. — Dépôt d'actes ou de pièces. 369
292. — Décharge donnée aux officiers publics. 369
293. — Décharge donnée aux particuliers dépositaires 370
294. — Du séquestre 370

TITRE DOUZIÈME.

Des contrats aléatoires.

Généralités.

295. — Définition, énumération, art. 1964; critiques formulées contre le texte. 371
296. — Suite. Sens de l'expression « réciproque » employée dans l'art. 1964. 372
297. — Caractère de l'*alea*. 373
298. — Promesse non réciproque ne pouvant être confondue avec un pari. 374
299. — Suite. 375
300. — Il doit y avoir chance de gain et chance de perte pour chaque partie; adjonction possible d'une condition. 376
301. — Les contrats aléatoires sont-ils rescindables pour cause de lésion? Ils ne peuvent donner lieu à récompense dans le régime en communauté. 377
302. — De l'équivalence ou contre-partie dans les contrats aléatoires. 377

CHAPITRE PREMIER.

N° 1. — *Du jeu et du pari.*

	Pages.
303. — Définition du pari.	379
304. — Application du pari au jeu. — Anciennes prohibitions.	380
305. — La loi moderne refuse toute action en cas de jeu et de pari, art. 1965. Pourquoi?	381
306. — Le refus d'action ne doit pas être confondu avec l'octroi d'une exception.	382
307. — Dépôt des enjeux sur table ou entre les mains d'un tiers.	383
308. — Le refus d'action s'étend à tout moyen indirect, pour le gagnant, d'obtenir satisfaction, sauf le paiement volontaire. Cette dette n'admet ni compensation, ni ratification.	386
309. — Elle ne peut servir de base à une novation, ni à un cautionnement, gage ou transaction.	387
310. — Exécution ou paiement volontaire par le perdant; actes assimilés à une prestation volontaire de l'enjeu promis.	389
311. — *Quid* des reconnaissances libellées pour cause de prêt?	389
312. — Le refus d'action s'étend aux prêts ou avances faits pour alimenter le jeu.	390
313. — Des prestations ou paiements faits par mandataire.	391
314. — Tolérance pour les jeux d'adresse, art. 1966; définition.	392
315. — Point de vue spécial de la loi pénale.	393
316. — Enumération des jeux d'adresse.	394
317. — De ceux qui parient à l'occasion d'un jeu autorisé, sans y prendre une part personnelle.	394
318. — Application aux courses de chevaux; pari à la cote, pari mutuel.	397
319. — Jurisprudence en cette matière. L. 2 juin 1891 au point de vue pénal.	398
320. — De la preuve en matière de jeu et de pari.	400

N° 2. — *Des marchés à terme.*

321. — Généralités sur la preuve en matière de jeu et de pari.	401
322. — Texte et portée de la loi du 28 mars 1885, concernant les marchés à terme.	405
323. — Discussion à la Chambre et au Sénat du texte de cette loi.	405
324. — Conclusion : présomption légale de validité à l'égard des marchés à terme conclus dans les formes ordinaires.	409
325. — La loi de 1885 n'a pas d'effet rétroactif.	410

N° 3. — *Des loteries.*

326. — Coup d'œil rétrospectif.	411
327. — L. 21 mai 1836. Analyse de cette loi.	412
328. — Loteries interdites.	413
329. — Loteries autorisées; effets.	414

Pages.

N° 4. — *Refus de l'action en répétition.*

330. — Non-répétition de ce qui a été volontairement payé au gagnant, art. 1967. — Pourquoi? Raisons utilitaires peu justifiées. 415
331. — Raisons juridiques : explications tirées de ce que le jeu engendrerait une obligation civile non exigible, ou une obligation naturelle; réfutation, ... 417
332. — Ou une obligation de conscience, réfutation. 419
333. — Conclusion : La non-répétition est justifiée par la règle : *in pari causâ*... 421
334. — La prestation effectuée doit avoir été volontaire. Influence de la violence, du dol ou de l'erreur objective. 422
335. — *Quid* de l'erreur subjective? Controverse, conclusion. . . . 423

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

SECTION PREMIÈRE. — *Des conditions requises pour la validité du contrat.*

336. — Notion de la rente viagère; comment elle peut être constituée, art. 1963 à 1970. 426
337. — Quand est-elle constituée a titre gratuit; *Quid* en cas de réversion au profit du survivant, si chacun des crédi-rentiers n'a fourni qu'une part du capital? 428
338. — Sur la tête de qui elle pert être constituée, art. 1971, 1972. . 429
339. — De la rente établie sur plusieurs têtes. 431
340. — Rente créée moyennant l'abandon d'un immeuble ou autre objet; vente à fonds perdu. 433
341. — Rente créée au profit d'un tiers, art. 1973. 433
342. — Cas où celui sur qui la rente a été établie était déjà décédé au moment du contrat, art. 1974. 434
343. — Comparaison avec l'art. 365, C. com. 435
344. — Cas où le crédi-rentier est décédé entre la date du contrat, et celle du jour où la rente devait commencer à courir. . . 436
345. — Cas où le crédi-rentier meurt d'une maladie dont il était atteint à la date du contrat, art. 1975. 437
346. — *Quid* si un tel décès se produit au cas d'une rente constituée sur plusieurs têtes? Controverse. 438
347. — Le contrat est alors simplement annulable. 439
348. — Comment s'applique l'art. 1975. 440
349. — De la preuve en cette matière; spécialement quant à la date du contrat. 441
350. — Taux de la rente, art. 1976. 442

SECTION II. — *Des effets du contrat entre les parties contractantes.*

351. — Résiliation si les sûretés promises ne sont pas fournies, article 1977. 443
352. — Effets de cette résiliation. 445

Pages.

353. — Suite. — Les arrérages ne sont pas uniquement des fruits; conséquence, art. 1978. 446
354. — De l'emploi prescrit par l'art. 1978. 448
355. — Le texte n'exclut pas une clause de résolution formelle. . . 449
356. — Champ d'application de l'art. 1978. 451
357. — Obligation de servir la rente jusqu'à la fin, art. 1979. . . 452
358. — A quel moment le droit aux arrérages est-il acquis? art. 1980. 452
359. — Clause d'insaisissabilité, art. 1981; *Quid* de la clause d'incessibilité? 453
360. — Causes d'extinction de la rente viagère : mort du titulaire, art. 1982. 454
361. — Justification de l'existence du crédi-rentier, art. 1983. . . . 457

ANNEXE AU TITRE DOUZIÈME.

Assurances sur la vie.

SECTION PREMIÈRE. — *Application des principes généraux au contrat d'assurance sur la vie.*

362. — Silence du Code quant aux assurances sur la vie. 459
363. — Types principaux de ces sortes d'assurances; assurance en cas de décès. 459
364. — Assurance en cas de vie. Assurance mixte. 460
365. — Examen critique de ces combinaisons constituant plutôt des *paris* que de véritables assurances. 461
366. — Validité des conventions qualifiées : assurance sur la vie; elles doivent être régies par les principes généraux applicables selon leur but spécial; exemples. 462
367. — Quand elles sont conclues avec une compagnie, elles procurent aux assurés les avantages résultant de l'association et de la mutualité. 465
368. — Calcul des cotisations ou primes. 466
369. — Leur paiement. 467
370. — Fondement juridique des assurances, d'abord en ce qui touche les assurances en cas de vie, ... 468
371. — Ensuite en ce qui touche les assurances en cas de décès. . 468
372. — De l'assurance contractée au profit de la succession de l'assuré, application de l'art. 1122. 469
373. — De l'assurance contractée au profit d'un tiers déterminé, application de l'art. 1121. 469
374. — Comment ce tiers peut-il devenir titulaire d'un droit résultant d'un contrat auquel il est demeuré étranger? 470
375. — Comment, en outre, peut-il en devenir titulaire à partir de la date même de ce contrat? Prétendue rétroactivité de l'acceptation émanée du bénéficiaire. 471

Pages.

376. — L'action tendant au paiement de l'indemnité appartient au bénéficiaire comme droit à lui propre et non comme droit héréditaire. 473
377. — Mais ce droit est dérivé et provient d'une libéralité, conséquences. — Revirement de la jurisprudence. 474
378. — Assurances faites par l'un des conjoints au profit de l'autre, renvoi. 477

SECTION II. — *Règles spéciales.*

379. — Règles de validité. Dans le cas d'assurance sur la tête d'un tiers, le consentement de celui-ci est-il nécessaire? . . . 477
380. — Suite. — Capacité; condition d'existence. 478
381. — Comment prend fin l'assurance sur la vie. 480
382. — De la prescription. 481
383. — Versement de l'indemnité à la Caisse des dépôts et consignation. 481
384. — Preuve du contrat d'assurance. 481
385. — De la compétence en matière d'assurances sur la vie. . . 482

APPENDICE AU TITRE DOUZIÈME.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

386. — Du jeu et du pari. — La loi applicable est celle qui a été envisagée par les parties. 484
387. — Marchés à terme. 485
388. — Rente viagère. 485
388 *bis*. — Loteries. 486
389. — Assurances sur la vie; compagnies étrangères établies en France non soumises à l'autorisation préalable, ni à la surveillance. 487
390. — Conditions de validité d'un contrat d'assurance intéressant des étrangers. Jurisprudence étrangère quant à l'attribution de l'indemnité. 488
391. — Règle de compétence. 489
392. — Interprétation des conventions. 490

N° 2. — *Règles fiscales.*

393. — Contrats aléatoires en général; jeu et pari. 491
394. — Marchés à terme. 492
395. — Rentes perpétuelles et viagères; base du droit à percevoir. . 492
396. — Tarif applicable. 493
397. — Rentes créées sur plusieurs têtes. 494
398. — Rentes créées à titre de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice causé. 495
399. — Assurances sur la vie. Jurisprudence antérieure à 1875. . . 495

Pages.

400. — L. du 25 juin 1875. Droit de mutation par décès exigible désormais sans distinction. 495
401. — Portée juridique de cette loi. 496
402. — Son champ d'application. 497
403. — Timbre. 498

APPENDICE.

Lois nouvelles promulguées au cours de l'impression du volume et relatives aux matières déjà traitées.

404. — Femmes ; capacité d'être témoins. 499
405. — Modification de certains articles du Code intéressant l'état des personnes. 500
406. — Algérie. Taux de l'intérêt. 501
407. — Domaine congéable. Date de la promulgation de la loi nouvelle. 503

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

Paris. — Imprimerie F. Pichon, 24, rue Soufflot.